Begriffsmerkmale und Erscheinungsformen der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen Gesetzbuch.

(Eine systematische Darstellung.)

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Walther Eugen Jacob
aus Breslau
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Trachenberg.

Approbiert am 29. November 1912.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

248

Referent: Universitäts-Professor Dr. B. Kübler.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0027

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Enzyklopädische Stellung des 25. Titels des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches 1

II. Die Begriffsmerkmale der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2. Definition der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches 6

§ 3. Übersicht über die sich aus der Definition ergebenden Begriffsmerkmale 15

A. Die essentiellen Begriffsmerkmale.

§ 4. a) Ein äußeres Verhalten 16

§ 5. b) Ein eingetretener Schaden 23

§ 6. c) Ein innerer Kausalzusammenhang 24

§ 7. d) Eine Rechtswidrigkeit 32

B. Die gewöhnlichen Mehrerfordernisse.

§ 8. a) Eine Handlung.

α) Gewolltes Tun 47

β) Gewollte Unterlassung 51

§ 9. b) Zurechnungsfähigkeit.

α) Physische Personen 53

β) Juristische Personen 54

Seite

§ 10. c) Ein Verschulden.
α) Vorsatz 65
β) Fahrlässigkeit 69

III. Erscheinungsformen der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 11. a) Vollendung und Versuch 77
α) Vollendung 78
β) Versuch 78
§ 12. b) Täterschaft und Teilnahme 79
α) Täterschaft 79
β) Teilnahme 83
§ 13. c) Einheit und Mehrheit der unerlaubten Handlung . . . 91

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang. 1871.

Bauer, Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene unerlaubte Handlungen. In den Annalen des Deutschen Reichs 1902 S. 886 ff.

Beling, Erläuterung des § 823 Abs. 2 BGB. für das Deutsche Reich. Diss. Jena 1904.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1 1872 (1890), Bd. 2 1877.

Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 7. Aufl. Leipzig 1907.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. 1885.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 35 (alte Folge). Jena 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle 1906.

Elsner, Die Gesamthaftung mehrerer aus unerlaubter Handlung im Falle des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. Diss. Greifswald 1901.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit und Unterlassungsklage. 1903 u. 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation. 1893.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. Berlin 1909.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4./5. Aufl. Marburg 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Feder, Die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen. 8. Aufl. München 1909.

Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Aufl. Tübingen 1911.

Hagelberg, Der Begriff des Tierhalters in §§ 833 u. 834 BGB. Berlin 1905.

Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 95 S. 234 ff.

Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 39 S. 209 ff.

Jung, Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.

Jungherr, Haften aus schuldlosem Handeln nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Jena 1902.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 29 S. 351 ff. Berlin 1909.

Kiese, Das Verhältnis der unerlaubten Handlungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Strafrecht. Diss. Tübingen 1900.

v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. In der Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12. Jahrg. 1888.

Kohner, Deutsches Reichsstrafrecht. 5. Aufl. München 1905.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Linckelmann, Schadensersatzpflicht und unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.

v. Liszt, Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts. 18. Aufl. Berlin 1911.

Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Kausalität im Rechtssinne. Berlin 1905.

Lühl, Gründe und Arten der Deliktshaftung nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen.

Luthardt, Grundlagen der Haftpflicht aus § 823. Diss. Jena 1900.

Manczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. Wien u. Leipzig 1904.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1900.

Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians. Leipzig 1908.

Mittweg, Unerlaubte Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Bde.

Müller, W., Begriff der unerlaubten Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. Halle 1900.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 106 S. 309 ff. 1910.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. Weimar 1867.

Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. 2. Aufl. Halle 1895 u. 1900.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907/08.

Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Pürschel, Begriff und Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. Diss. Breslau 1903.

Rabel, Haftung des Arztes. 1904.

Radbruch, Die Lehre von der adaequaten Verursachung 1902.

Rümelin, G., Kulpahaftung und Kausalhaftung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 88 S. 285 ff.

Rümelin, M., Die Verwendung des Kausalbegriffs im Straf- und Zivilrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 90 S. 171 ff.

Rümelin, M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg i. B. 1898.

Rumpf, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1904.

Schroeder, Über Wechselwirkungen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97 S. 361 ff.

Schwarz, Das Billigkeitsurteil nach § 829 BGB. Halle 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. München u. Berlin 1910.

Stierle, Die Haftung für Tiere im Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1904.

Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Tuzina, Die zivilrechtliche Haftung mehrerer Delinquenten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1910.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. 1904.

Voigt, Die Fälle der Kulpahaftung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Jena 1902.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Zieger, Der objektive Tatbestand der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1902.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I: Allgem. Teil. Leipzig 1900.

I. Einleitung.

§ 1.

Enzyklopädische Stellung des 25. Titels des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eine unerlaubte Handlung stellt einen widerrechtlichen Eingriff, ein „Unrecht" dar. Es ist zunächst Aufgabe der Strafgesetze, dagegen einzuschreiten. Wenn auch in Rom der Unterschied zwischen Schadensersatzpflicht und Strafe schon durchgeführt war, so finden wir doch manche Fälle, in denen zivile und kriminelle Folgen einer Handlung zusammenzufallen scheinen.[1]) In Deutschland erhielt sich bei Forst- und Feldfrevel im Pfandgeld eine Privatstrafe, die zugleich Schadensersatz bildet.[2])

Unsere heutige Rechtsordnung dagegen hat eine scharfe Trennung des öffentlichen Strafrechts und des Privatrechts. Die Tatsache, daß auf eine bestimmte Handlung eine Strafe steht, ist weder Voraussetzung noch Grund, um eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht zur Entstehung zu bringen.[3])

---

[1]) So bei den delicta privata.

[2]) EG. z. BGB. Art. 89 und preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz von 1880.

[3]) Z. B.: A bringt nachts in das Bootshaus des B ein, um ein

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Sühne des Unrechts nur dann, wenn es sich um die Verletzung ziviler Rechtsgüter handelt und wenn es zur Stärkung des Rechtsschutzes notwendig wird, daß zivile Rechtsfolgen eintreten. Daher muß sich insoweit das bürgerliche Recht an das öffentliche Recht anlehnen. Straf- und Zivilrecht müssen Hand in Hand gehen.[1])

„Das Strafrecht schützt zweierlei Arten von zivilrechtlichen Interessen, die einen nur, weil das Privatrecht diese Hilfe verlangt, die anderen um eigener, selbständiger Zwecke willen. Bei jenen wird der Inhalt des Begriffs dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sein, bei diesen jedoch tritt das rechtliche Gut mit der ihm widerfahrenen Verletzung zurück, da wird nur Gewicht darauf gelegt werden müssen, daß die Handlung es ist, die die Strafe erheischt."[2])

---

im Bootshaus befindliches Boot, das er in entschuldbarem Irrtum für sein eigenes hält, zu nehmen. Er nimmt das Boot weg und gleichzeitig ein paar Ruder, die, wie er weiß, dem B gehören. Ferner versucht er aus dem Schrank mit Sportgarderobe Sachen zu entwenden, er wird jedoch durch ein Geräusch verscheucht und läßt die Garderobe zurück. Hier ist die Wegnahme des Bootes, Fahrlässigkeit vorausgesetzt, unerlaubte Handlung (§ 823 BGB.), aber nicht strafbar (abgesehen natürlich von § 123 StGB.), die Wegnahme der Ruder unerlaubte Handlung und strafbar (§ 823 BGB. und §§ 242, 243 StGB.), und endlich der versuchte Garderobendiebstahl keine unerlaubte Handlung, aber strafbar (§§ 43, 242, 243 StGB.).

[1]) vgl. Kiese a. a. O. S. 7.

[2]) So Schroeder a. a. O. S. 377.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind nun Privatstrafen unbekannt. Es regelt im 25. Teil seines 2. Buches unter der Überschrift „Unerlaubte Handlungen" lediglich die privatrechtlichen Folgen, d. h. die Schadensersatzpflicht. Wir finden in diesem Abschnitt die Normen, die die überaus wichtige Materie des außerkontraktlichen Schadensersatzrechtes — des praktisch wichtigsten Gebietes unseres bürgerlichen Rechts[1]) — zum Gegenstande haben.

Es kommt daher bei unseren Erörterungen nur eine Haftung aus Handlungen in Betracht, die außerhalb des Bereiches der durch einen Vertrag begründeten Rechte und Pflichten vorgenommen worden sind.

Allerdings ist der Deliktsanspruch, wenn er tatsächlich aus §§ 823 ff. begründet ist — wie v. Liszt sagt[2]) —, dadurch nicht ausgeschlossen, daß neben den Voraussetzungen der §§ 823 ff. auch noch die Verletzung einer Vertragspflicht oder aber eine andere rechtsverletzende Handlung vorliegt, an die ein besonderer Anspruch durch das Gesetz geknüpft wird. In demselben Sinne führt auch Enneccerus aus[3]): „Die Umstände, die den Tatbestand eines Delikts bilden, können zugleich die Verletzung einer bestehenden Vertragspflicht ent-

[1]) Pfaff S. 1 der 3 Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstücks im 2. Teil des allgem. Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811, dem Österr. Advokatentag, erstattet von Pfaff, Randa und Strohal.

[2]) DelObl. S. 8.

[3]) a. a. O. Bd. 2 S. 588. Vgl. darüber auch Cosack a. a. O. S. 675 ff.; W. Müller S. 7 ff.; Jung S. 30; Linckelmann S. 20 ff.

halten".[1]) Beide Ansprüche können miteinander konkurrieren.[2]) Der Gläubiger kann wählen, worauf er sich stützen will, soweit aber durch besondere gesetzliche Bestimmung die vertragsmäßige Haftung auf schwerere Schuldarten beschränkt ist (z. B. § 521), ist die Handlungsweise des Schuldners bei „leichter" Fahrlässigkeit noch keine widerrechtliche im Sinne des § 823.[3])

Die Folge der unerlaubten Handlung ist die Schadensersatzpflicht. „Die Aufgabe des Schadensersatzes ist die Ausgleichung der in der Rechtssphäre des Verletzten eingetretenen Störung."[4]) Schadensersatz ist daher das Mittel der zivilrechtlichen Ahndung und umfaßt als solches nicht nur den Ersatz des eingetretenen Vermögensschadens, sondern auch entgangenen Gewinn, Einbuße der Erwerbsfähigkeit, ja selbst immateriellen Schaden (§ 847).

In der Literatur findet man häufig die Ansicht vertreten,[5]) daß einzelne der in den §§ 823—853 BGB. aufgeführten Fälle nicht unter die Überschrift „Unerlaubte Handlungen" passen, daß mit anderen Worten sich manche Fälle begrifflich nicht als unerlaubte Handlungen darstellen. Es kommt bei der Beurteilung und Beant-

---

[1]) z. B. §§ 687 Abs. 2, 950.

[2]) So schon im römischen Recht, z. B. l. 34 § 1 de o. et a. D. 44, 7.

[3]) vgl. auch Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 950.

[4]) v. Liszt, DelObl. S. 2.

[5]) z. B. v. Endemann a. a. O. S. 426.

wortung dieser Frage naturgemäß alles darauf an, was man unter dem Begriff „unerlaubte Handlung“ versteht.

Wir werden sehen, daß sich sehr wohl einheitliche Gesichtspunkte finden lassen, die eine Zusammenfassung der §§ 823—853 unter dem Titel „unerlaubte Handlungen“ vollauf rechtfertigen.

Das Wesen einer Sache ist die Summe der konstitutiven Merkmale, die ihren Begriff ausmachen; also das Wesentliche ist das, was einer Sache unerläßlich zukommt, wofern sie überhaupt noch sie selbst bleiben will, d. h. unter einem und demselben Begriff auffaßbar sein kann. Hiervon ausgehend wollen wir versuchen, zunächst die Begriffsmerkmale, die das Wesen der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen Gesetzbuch ausmachen, zu analysieren und einzeln zu betrachten, sodann wollen wir in Anlehnung an das im Strafrecht gebräuchliche System[1]) die Erscheinungsformen der unerlaubten Handlung einer Erörterung unterziehen. Dabei ist es im Rahmen dieser Abhandlung naturgemäß unmöglich, auf alle Kontroversen ausführlich einzugehen, es wird vielmehr nur auf eine Stellungnahme und deren Begründung ankommen müssen.

---

[1]) vgl. z. B. v. Liszt, Lehrb. § 26.

II. Die Begriffsmerkmale der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2.

Definition der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt es an einer einheitlichen Begriffsbestimmung der unerlaubten Handlung. Es hat die Fassung des code civil,[1]) des allgem. Landrechts[2]) und des schweizer. Obligationenrechtes[3]) noch übertreffen wollen und ist schließlich ganz unklar geworden.[4])

Es liegt nun zunächst nahe, die strafrechtliche Definition des Delikts[5]): „Delikt ist eine schuldhafte, rechtswidrige, mit Strafe bedrohte Handlung", analog anzuwenden, indem man statt der Worte „mit Strafe be-

---

[1]) Art. 1382.

[2]) ALR. I, 6 §§ 1, 8.

[3]) Art. 50.

[4]) vgl. auch Dernburg bei Besprechung des § 823: „Nur übermäßiger Scharfsinn konnte die Fassung verfehlen".

[5]) vgl. über den Deliktsbegriff auch Alfred Pernice, Labeo Bd. 2, 1 S. 3—18.

drohte" die Worte „zum Schadensersatz verpflichtende" einsetzt. So verfahren Zieger[1]) und W. Müller.[2])

Diese Definition erscheint sehr bequem, sie ist jedoch bei weitem zu eng und daher abzulehnen.

Staudinger[3]) sagt: „Unerlaubte Handlungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind alle im 25. Titel geregelten Tatbestände, insbesondere auch die kein Verschulden voraussetzenden Fälle der §§ 839, 833 Abs. 1, 835".

Ähnlich sind die Ausführungen bei Endemann,[4]) dieser kommt aber schließlich zu dem Resultat, daß sich eine einheitliche Definition der unerlaubten Handlung nicht geben läßt.[5])

Die Normen des 25. Titels lassen sich in folgende Gruppen zerlegen:

1. §§ 823—826, 833, 835 ff., 839 enthalten die einzelnen Tatbestände.

2. §§ 827—832, 834, 837 ff., 840 ff. sprechen von der persönlichen Haftung bezw. Haftungsbefreiung des Täters und von der Haftung für unerlaubte Handlungen anderer.

3. §§ 842—853 regeln Umfang, Art und Dauer der Haftung.

Uns interessieren hauptsächlich nur die Gruppen 1 und 2.

---

[1]) a. a. O. S. 2.

[2]) a. a. O. S. 45.

[3]) Bd. 2 S. 1582.

[4]) Lehrb. S. 1260.

[5]) a. a. O. S. 1265.

Der Streit dreht sich nun um die Frage, ob der Begriff der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch eine Änderung erlitten hat, daß in diesem Titel Tatbestände eingefügt worden sind, die weder eine schuldhafte noch überhaupt eine Handlung im technischen Sinne enthalten und dennoch wie Delikte zum Schadensersatz verpflichten.

Im 1. Entwurf war zu den §§ 740 ff. die Überschrift „Unerlaubte Handlungen" gewählt worden, und daher stammt die jetzige Überschrift des 25. Titels im Rechte der Schuldverhältnisse.

In den Motiven[1]) wird dann der Sinn der „unerlaubten Handlungen" als zivilrechtliche Delikte erläutert. Dies war völlig richtig; denn der betreffende Abschnitt des 1. Entwurfs sprach nur von schuldhaften Handlungen und Unterlassungen. Es war völlig auf dem Verschuldungsprinzip aufgebaut. Die spätere Beratung im Reichstag fügte jedoch in den Titel Tatbestände ein, die weder ein Verschulden noch auch eine „Handlung" voraussetzen, z. B. Taten Unzurechnungsfähiger oder „Tierestaten". Dadurch wurde das Verschuldungsprinzip durchbrochen.

Es mag sein, daß bei jenen Einfügungen in den 25. Titel Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend waren, wie Dernburg[2]) annimmt, wir stehen jedoch nun einmal

---

[1]) Bd. 2 S. 724.

[2]) a. a. O. S. 697.

der Tatsache gegenüber, daß das Bürgerliche Gesetzbuch alle diese Fälle unter den Titel „unerlaubte Handlungen" subsumiert, und wir müssen wenigstens versuchen, dieselben unter ein einheitliches System zu bringen. Es ist klar, daß wir mit der dem Strafrecht entlehnten Definition nicht mehr auskommen.

Übrigens ist die Frage, ob auch die erwähnten streitigen Fälle „unerlaubte Handlungen" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind, keineswegs nur von theoretischer Bedeutung, sie kann ungemein praktisch werden; denn wenn man behauptet, daß manche Tatbestände keine unerlaubten Handlungen im technischen Sinne sind, so kann man auf sie auch nicht die Sondervorschriften, die das Gesetz für unerlaubte Handlungen aufstellt, anwenden, sondern es haben dann die allgemeinen Bestimmungen Platz zu greifen, und das ist ein großer Unterschied, wie folgende Übersicht beweisen mag:

1. Das Maß der Haftung des Handelnden selbst und seine Vertretungspflicht für das schädigende Handeln Dritter ist für „unerlaubte Handlungen" in den §§ 831, 832 selbständig und abweichend von § 278 geregelt.

2. Die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung ist durch § 852 abweichend von den allgemeinen Bestimmungen der §§ 194 ff. geregelt.

3. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen gemachter Verwendungen auf die herauszugebende Sache ist ausgeschlossen, wenn der Gegenstand durch unerlaubte Handlung erlangt ist (§ 273).

4. Die Aufrechnung gegen durch unerlaubte Handlung erlangte Forderungen ist unzulässig (§ 393).

5. Die Haftung mehrerer bei einer unerlaubten Handlung Beteiligter ist durch §§ 830 u. 840 besonders geregelt.

6. Die durch § 847 umgrenzte Haftung für immateriellen Schaden bleibt auf die Verursachung durch unerlaubte Handlung beschränkt.

7. §§ 842 u. 848 enthalten besondere Bestimmungen über den Umfang des wegen einer unerlaubten Handlung zu leistenden Schadensersatzes.

8. Die §§ 1415, 1463, 1536, 1549 enthalten besondere Bestimmungen über die Tragung der Verbindlichkeiten aus einer unerlaubten Handlung im Verhältnis der Ehegatten untereinander.

9. Die Haftung für eine im Ausland begangene unerlaubte Handlung unterliegt der besonderen Bestimmung von Art. 12 EG. z. BGB.

10. § 32 ZPO. ordnet für Klagen aus einer unerlaubten Handlung einen besonderen Gerichtsstand an.

Es ist nun wohl richtig, wenn man definiert: Eine unerlaubte Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist ein Tatbestand, der eine rechtswidrige Verletzung von absoluten Rechten oder von Rechtsgütern enthält und von der Rechtsordnung mit der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht belegt ist.

Daraus folgt, daß die Begriffe „Delikt" und „unerlaubte Handlung" nicht identisch sind. Delikt ist viel-

mehr nur die schuldhafte unerlaubte Handlung. Die nicht schuldhaften unerlaubten Handlungen mag man nach römischem Vorbild und wie auch Dernburg[1]) vorschlägt „Quasidelikte" nennen.

Keine unerlaubte Handlung ist grundsätzlich die Anspruchsverletzung, die durch den Verpflichteten geschieht. Es sind daher auch nicht identisch Privatrechtsverletzungen und unerlaubte Handlungen. Ferner ist niemals eine unerlaubte Handlung die rechtmäßige Verletzung eines fremden Rechts, selbst wenn durch sie eine Schadensersatzpflicht begründet wird (vgl. § 904).

In der Literatur begegnet man indessen einer Fülle von abweichenden Definitionen.[2])

So sagt v. Liszt[3]): „Unerlaubte Handlung ist jede schuldhafte rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen". Ihm schließt sich Pürschel[4]) an.

Oertmann[5]) definiert: „Unerlaubte Handlungen oder Delikte sind alle mit einer außervertraglichen Schadensersatzpflicht des Täters belegten Handlungen". Diese Definition ist wieder zu weit. Darnach würden auch die Tatbestände der §§ 228 u. 904 unerlaubte Handlungen sein, was aber entschieden nicht der Fall ist, da das Erfordernis der Rechtswidrigkeit fehlt, ferner ist auch hier

---

[1]) a. a. O. S. 698.

[2]) vgl. bes. die Zusammenstellung bei Weyl a. a. O. S. 263 ff.

[3]) DelObl. S. 3.

[4]) a. a. O. S. 7.

[5]) a. a. O. S. 934.

die Identifizierung von Delikt und unerlaubter Handlung abzulehnen, da Delikt eben nur die schuldhafte unerlaubte Handlung ist.[1])

Am schroffsten findet es sich bei Engelmann[2]) ausgedrückt. Er definiert die unerlaubte Handlung (gleich Delikt) als rechtswidrige und schuldhafte Verletzung eines fremden Rechtsgutes, und er kommt dann zu dem Ergebnis: „In allen Fällen, in denen das Gesetz die Pflicht der Entschädigung an eine rechtmäßige oder zwar an eine rechtswidrige, aber schuldlose Handlung knüpft, können nicht die Grundsätze von unerlaubten Handlungen Anwendung finden".

Dem wird nicht beizustimmen sein. Bezüglich der rechtmäßigen Handlungen hat Engelmann recht, aber sicher nicht bezüglich der zwar rechtswidrigen, aber schuldlosen. Wenn das Gesetz solche Fälle unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen" erwähnt, will es doch gerade die besonderen Grundsätze, die es für unerlaubte Handlungen aufstellt, auf alle in diesem erwähnten Fälle angewandt wissen, soweit es nicht selbst Abweichendes bestimmt.[3])

Es wäre doch beispielsweise auch eine merkwürdige

---

[1]) Auch Cosack a. a. O. S. 675 identifiziert Delikt und unerlaubte Handlung. Enneccerus Bd. 2 S. 590 unterscheidet Hauptdelikte und deliktsähnliche Tatbestände.

[2]) a. a. O. S. 438ff.

[3]) So auch Dinckelmann a. a. O. S. 8; Eltzbacher S. 290ff.; Staudinger Bd. 2 S. 1582; v. Liszt, DelObl. S. 8 u. 9.

Konsequenz der Engelmannschen Ansicht, wenn man im Falle der Tötung eines Menschen durch einen anderen Menschen den Schadensersatzanspruch in drei Jahren (§ 852), im Falle der Tötung eines Menschen durch ein Tier dagegen in dreißig Jahren (§ 195) verjähren lassen wollte!

Überhaupt sind die Bedenken, die gegen die Einbeziehung der §§ 833, 835 usw. unter die unerlaubten Handlungen geltend gemacht werden, wenig stichhaltig. Das Hauptargument ist das sprachliche Bedenken. Dagegen hebt aber Litten[1]) mit Recht hervor, daß bei der Erörterung, ob § 833 usw. als eine unerlaubte Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu gelten habe, es unlogisch sei, einzuwenden, Tierhalten sei weder eine Handlung noch eine unerlaubte; denn es steht nicht in Frage, ob dieser Sprachgebrauch ein glücklicher ist, sondern ob es der des Gesetzes ist, und wenn dies der Fall ist, welche rechtlichen Folgen sich daraus ergeben.

Es beweist auch schon die Fassung des § 840 zur Evidenz, daß die Tatbestände der §§ 833, 835 unerlaubte Handlungen im Sinne des Gesetzes sind.[2])

„Unerlaubte Handlungen sind enthalten in allen Tatbeständen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der sonstigen Reichsgesetze und der Landesgesetze, in denen es sich um die Entstehung eines außervertraglichen Schadens aus

---

[1]) a. a. O. S. 133.

[2]) vgl. auch Eltzbacher a. a. O. Bd. 1 S. 274 ff.

widerrechtlichem Verhalten handelt, wenn dieses Verhalten entweder schuldhaft ist oder aus dem Gedanken der Gefährdungshaftung eine Verantwortlichkeit begründet."[1])

Im folgenden soll jedoch nur auf die Tatbestände des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bezug genommen werden.

Zum Schluß dieses einleitenden Paragraphen ist noch eine kurze Bemerkung über das verletzte „Objekt" erforderlich.

Manche sehen in der unerlaubten Handlung nicht wie wir in der oben gegebenen Definition ein zweifaches (Verletzung von Rechtsgütern oder Verletzung von absoluten Rechten), sondern ein dreifaches:

1. Verletzung von Rechten;
2. Verletzung von Lebensgütern;
3. Verstöße gegen Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2).

Das ist schon deswegen nicht richtig, weil der bloße Verstoß gegen ein Schutzgesetz, z. B. ein polizeiliches Gefährdungsverbot, nicht genügt.[2]) Ein solcher Verstoß macht doch nur dann schadensersatzpflichtig, wenn auch wirklich eine Verletzung der durch das Schutzgesetz geschützten Person oder Sache erfolgt ist, also der Schaden, dem durch das Schutzgesetz generell vorgebeugt werden sollte, realisiert worden ist. Ist das aber geschehen, so fällt die Verletzung unter 1 oder 2.

Wieder andere, vor allem Eltzbacher,[3]) verstehen

[1]) Rumpff a. a. O. S. 23.

[2]) z. B. ein Radfahrer fährt bei Dunkelheit ohne Laterne.

[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 280 ff., bes. S. 284/85.

nur ein einfaches unter unerlaubter Handlung und sagen: „Unerlaubte Handlung ist die zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung eines Ausschließungsrechtes, d. h. eines absoluten Einzelrechtes, sei es des Persönlichkeitsrechtes, sei es des allgemeinen Ausschließungsrechtes, das jedem an seinem Vermögen zusteht".

Das klingt außerordentlich verlockend, dennoch ist diese Auffassung, so schön und einheitlich sie wäre, nicht richtig. Sie verstößt schon gegen die Fassung der §§ 823 und 826, die sonst ganz überflüssig wäre.[1])

§ 3.

Übersicht über die sich aus der Definition ergebenden Begriffsmerkmale.

Sämtliche Tatbestände des 25. Titels lassen sich nun im Einklang mit der gegebenen[2]) Definition in folgendes System bringen, dabei muß man der Vollständigkeit halber zwei Gruppen unterscheiden:

Zum Wesen der unerlaubten Handlung gehören:

A. als konstitutive und unerläßliche Begriffsmerkmale

1. ein äußeres Verhalten,
2. ein eingetretener Schaden,

---

[1]) vgl. besonders auch Fischer a. a. O. S. 150ff.

[2]) vgl. oben S. 10.

3. ein innerer Kausalzusammenhang zwischen 1 u. 2,
4. eine Rechtswidrigkeit;

B. als gewöhnliche, d. h. fast regelmäßige Mehrerfordernisse

1. eine „Handlung",
   a) ein gewolltes Tun,
   b) eine gewollte Unterlassung,
2. Zurechnungsfähigkeit,
3. ein Verschulden,
   a) Vorsatz,
   b) Fahrlässigkeit.

A. Die essentiellen Begriffsmerkmale.

§ 4.

Ein äußeres Verhalten.

An einem solchen Verhalten fehlt es auch in den Fällen der §§ 833, 835 nicht, in denen der Ersatzpflichtige nicht für seine Handlung, sondern für ein Geschehen eintritt, das von seinem eigenen Verhalten gänzlich unabhängig ist oder wenigstens sein kann.

Das äußere Verhalten kann ein Tun sein, sowohl von Menschen wie von Tieren („Tierestat"),[1]) es kann

[1]) So sind älteren Rechten auch Tierstrafen und Tierprozesse nichts Unbekanntes gewesen, ja sogar noch im 13. bis 18. Jahrhundert vorgekommen; vgl. v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse (1891).

auch in einem Unterlassen bestehen. Das Unterlassen steht dem Tun jedoch nur dann gleich, wenn eine Rechtspflicht zum Tun bestand, sei es eine spezielle Fürsorgepflicht, wie sie Eltern, Vormündern oder Wärtern obliegt, sei es generell die Pflicht, seine Lebensverhältnisse in einer Weise zu regeln, durch die Gefahren für andere möglichst verhindert oder durch die die im Verkehr üblichen Vorbeugungsmaßregeln vermieden werden. Selbstverständlich kann nur die Unterlassung eines Menschen in Frage kommen, da es für ein Tier niemals eine Rechtspflicht zum Tun geben kann.

Es ist hier erforderlich, auf den an dieser Stelle ja hauptsächlich in Betracht kommenden § 833 einmal kurz einzugehen.[1]) Die Haftung des Tierhalters für die Tierestat ist nicht deswegen statuiert, weil es an und für sich eine unerlaubte Handlung wäre, ein Tier zu halten, ohne die damit möglicherweise verbundenen Gefahren von anderen fernzuhalten. Das geht schon daraus hervor, daß die Haftung des Tierhalters dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß er alles Denkbare getan hat, um diese Gefahren abzuwenden;[2]) der Tierhalter ist deshalb haftbar, weil das Halten von Tieren stets mit gewissen Gefahren für andere verbunden ist, und das Gesetz mit

---

[1]) Über die Entstehungsgeschichte des § 833 vgl. besonders Isay a. a. O. S. 302 ff.; Stierle a. a. O. S. 17 u. 18; Hagelberg a. a. O. S. 28 – 34.

[2]) Von dem durch das Gesetz v. 30. 5. 1908 dem § 833 hinzugefügten zweiten Satz, der eine Ausnahme statuiert, sei hier zunächst abgesehen.

Recht demjenigen dieses Risiko auferlegt, der von dem Tier regelmäßig Vorteil hat.

„Ein Tier, sogar das gezähmte oder zahme, ist deshalb gefährlich, weil es die Fähigkeit zu selbständiger Kraftentwicklung und eigener Bewegung besitzt, dabei aber der diese Tätigkeit regelnden Vernunft entbehrt."[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hierin das „Gefährdungsprinzip" [2]) [3]) zur Geltung gebracht. Dieses Prinzip ist durch die Praxis geschaffen worden, es kam zuerst im Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871 zum Ausdruck. Der ihm zugrunde liegende Gedanke ist etwa folgender:

Es gibt eine große Anzahl von Interessen, die ihrem Charakter oder ihrer Natur nach geeignet erscheinen, in besonderem Maße die Rechtsgüter dritter Personen zu gefährden. Der Schaden, den diese Einrichtungen hervorrufen, ist generell voraussehbar nach der spezifischen Natur des Unternehmens. Den Schaden veranlaßt derjenige, der die Bewegung ins Leben ruft. Da aber nun die Betätigung solcher gefährdender Interessen von anerkannter praktischer Bedeutung ist, so ist die Rechtsordnung gezwungen, sie zu dulden, und sie kann daher nur den dadurch möglicherweise hervorgerufenen Schaden demjenigen auferlegen, der ihn veranlaßt hat.[4])

---

[1]) vgl. Litten a. a. O. S. 14 ff.

[2]) Der Ausdruck stammt von Rümelin, Schadenszurechnung S. 45.

[3]) vgl. auch Müller-Erzbach a. a. O. S. 365 ff.

[4]) vgl. auch Linckelmann a. a. O. S. 4 ff.; Traeger S. 317;

Voraussetzung der Haftung ist daher die Verwirklichung einer der besonderen von Tieren drohenden Gefahren oder wie sich Litten[1]) ausdrückt: „Der Anfangserfolg muß adäquat verursacht sein und zugleich eine Realisierung der spezifischen Tiergefahr enthalten".

Es genügt nicht jede Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses, es muß vielmehr einer der vom Gesetz aufgestellten Tatbestände (Tötung, Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung oder Sachbeschädigung) erfüllt sein.

Die römischen Regeln der noxae datio und der Schadensverursachung contra naturam sui generis sind mit Recht aufgegeben.

Die sehr weitgehende Haftung für Tierschaden ist durch das Gesetz v. 30. 4. 1908, das dem § 833 einen zweiten Satz hinzufügte, durch den bei Haustieren, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, der Exkulpationsbeweis zugelassen worden ist, erheblich gemildert worden. Im übrigen ist es aber gleichgültig, ob der Schaden durch zahme oder wilde, Haus- oder andere Tiere verursacht ist.[2])

G. Rümelin S. 295 ff.; Stierle S. 24 ff.; Jungherr S. 13; Voigt S. 10; Litten S. 72.

[1]) a. a. O. S. 83.

[2]) In der Literatur findet man die Frage aufgeworfen, ob § 833 auch auf einen Schaden anwendbar ist, der von Bazillen angerichtet worden ist. Das ist entschieden zu verneinen; denn wenn man auch allenfalls davon sprechen kann, daß Bazillen z. B. in Laboratorien zu

Eine „Tierestat“ liegt dann nicht vor, wenn der Schaden zwar äußerlich durch das Tier hervorgerufen ist, das Tier selbst aber gar nicht tätig geworden ist;[1]) dasselbe gilt, wenn das Tier nur als Werkzeug benutzt wird;[2]) endlich findet § 833 auch dann nicht Anwendung, wenn das Tier zwar selbständig tätig wird, aber zu diesem rechtswidrigen Tun durch menschlichen Willen veranlaßt wird.[3]) Hier greift § 823 Platz.

Das Reichsgericht verlangt in einer viel besprochenen Entscheidung[4]) ein willkürliches Tun des Tieres, und es geht sogar so weit,[5]) ein willkürliches Tun dann nicht anzunehmen, „wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, welcher Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können“.

Untersuchungszwecken „gehalten“ werden, so sind doch Bakterien keine Tiere, sondern Pflanzen, und außerdem fehlt ihnen die Fähigkeit zu willkürlicher Bewegung.

[1]) z. B. ein Radfahrer fällt über einen auf der Straße ruhig daliegenden Hund. So auch Litten S. 19 ff.

[2]) z. B. jemand schleudert das Schoßhündchen einer Dame einem Dritten ins Gesicht.

[3]) z. B. ein Herr hetzt seinen abgerichteten Hund auf jemanden. So Stierle S. 54 und wohl die herrschende Meinung. And. A. Oertmann Bem. 3 c zu § 833; Cosack S. 699 und wohl auch Linckelmann S. 86 ff.

[4]) RG. Bd. 50 S. 180 ff.

[5]) RG. Bd. 54 S. 108; vgl. ferner RG. Bd. 54 S. 407, Bd. 60 S. 67, Bd. 61 S. 55, Bd. 61 S. 317.

Diese Auslegung wird zu unbefriedigenden Resultaten führen, und Stierle[1]) hebt ihr gegenüber mit Recht hervor, daß einerseits die Materie der Tierpsychologie noch viel zu wenig erforscht ist, und daß es andrerseits in den meisten Fällen ganz unmöglich sein wird, abzugrenzen, wo beim Tiere die Trieb- oder Willkürbewegung aufhört und die reflektorische oder automatische Bewegung anfängt.[2])

Ein „Verschulden" des Tieres ist nicht erforderlich. Das ist bedeutsam für den Fall, daß sich zwei Tiere gegenseitig verletzen. Es ist hier zu empfehlen, wie Oertmann[3]) vorschlägt, den § 254 analog anzuwenden.[4])

Der Begriff des „Tierhalters" soll hier nicht näher erörtert werden. Jedenfalls ist sicher, daß nicht nur der Eigentümer oder Eigenbesitzer darunter zu verstehen ist, sondern analog der Ausdrucksweise des code civil[5]) „qui s'en sert" jeder, der sich des Tieres in eigenem Interesse bedient.[6])

---

[1]) a. a. O. S. 41 ff.

[2]) vgl. auch Litten a. a. O. S. 87 ff.

[3]) a. a. O. Bem. 6 zu § 833; ebenso Stierle a. a. O. S. 93.

[4]) vgl. aber Linckelmann S. 87; Litten S. 95 f.; Fischer-Henle N. 7; Planck Bem. 2 b zu § 833.

[5]) Art. 1385; vgl. besonders die Schrift von Hagelberg; ferner Stierle S. 73; Litten S. 110—132.

[6]) RG. Bd. 52 S. 118: „Tierhalter ist derjenige, der in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht nur zu einem ganz vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer. Ferner

Die Haftung des Tierhalters fällt naturgemäß fort, wenn der Verletzte sich der Schädigung durch das Tier auf eigene Gefahr ausgesetzt hat,[1]) aber die Anwendung des § 254 ist dann abzulehnen, wenn sich der Verletzte aus sittlichen Gründen[2]) in Gefahr begeben hat.[3])

§ 834 statuiert wieder eine reine Verschuldungshaftung, ebenso auch § 835.[4])

Wir haben gesehen, daß die Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme eine Rechtspflicht bestand, zum Schadensersatz verpflichtet.

Eine solche Rechtspflicht kann sich nun ergeben:

a) aus einer Rechtsvorschrift,

b) aus einem gültigen obligatorischen Pflichtenverhältnis zwischen Schädiger und Verletztem,

c) aus einem sonstigen Tun, das eine vorangegangene gewollte Gefährdung veranlaßt hat, die das Unterlassen als pflichtwidrig erscheinen läßt.

RG. Bd. 55 S. 163 ff. und RG. in JW. Bd. 35 S. 62 Nr. 14 u. S. 197 Nr. 14.

[1]) vgl. RG. Bd. 58 S. 410, Bd. 61 S. 55, Bd. 65 S. 313.

[2]) z. B. jemand versucht, ein durchgehendes Gespann aufzuhalten.

[3]) So auch RG. Bd. 50 S. 219 ff.

[4]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 3227; and. A. Voigt a. a. O. S. 42 ff.

§ 5.

Ein eingetretener Schaden.

Das allgem. Landrecht[1]) definierte den Schaden als „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder Vermögens." Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition des Schadens. Wir werden aber in Anlehnung an die aufgestellte Definition der unerlaubten Handlung sagen müssen: „Schaden ist eine Veränderung in der Außenwelt, die sich als Verletzung von Rechten oder Rechtsgütern darstellt".[2])

Eine bloße Gefährdung genügt also nicht, allerdings kann durch sie sehr wohl ein Unterlassungsanspruch begründet werden.[3])

Die allgemeine Rechtsfolge der zivilrechtlichen unerlaubten Handlung ist nun die Pflicht des Täters, den durch seine Handlung verursachten Schaden dem Verletzten zu ersetzen. Die Haftung für den aus der Verletzung eines Schutzgesetzes hervorgegangenen Schaden setzt aber voraus, daß die Schädigung ein solches Rechts-

---

[1]) ALR. I, 6 § 1.

[2]) Ähnlich Zieger a. a. O. S. 6: „Schaden im Rechtssinn ist jede nachteilige Veränderung in der Rechtsgüterwelt einer Person". Vgl. ferner Linckelmann a. a. O. S. 60; Tuzina S. 18/19; Manczka S. 28ff.

[3]) z. B. aus § 12 oder § 862; vgl. auch Staudinger Bd. 2, 2 S. 1585 ff. — Über die Frage, inwieweit neben der Klage auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung eine Klage auf Unterlassung gegeben ist, vgl. aus der Rspr. d. RG. Bd. 60 S. 6ff., Bd. 61 S. 366ff. und das Urteil v. 28. 9. 1911 in JurW. S. 981.

gut trifft, dessen Schutz das Schutzgesetz bezweckt, daß ferner die Verletzung aus einer Gefahr herrührt, zu deren Verhütung das Schutzgesetz bestimmt ist, und endlich ist Ersatz nur dann zu leisten, wenn der Verletzte dem Kreis derjenigen Personen angehört, zu deren Schutz das Gesetz dienen soll.[1])

Bedeutungslos ist es, ob der Schädigungserfolg ein näherer oder entfernterer ist, sofern nur ein innerer Kausalzusammenhang zwischen dem „äußeren Verhalten" und dem „eingetretenen Schaden" gegeben ist.

§ 6.

Ein innerer Kausalzusammenhang.

Kausalzusammenhang ist die Beziehung eines bestimmten Erfolges zu einem bestimmten Verhalten.

Es ist das Verhältnis zwischen Ursache und Erfolg ins Auge zu fassen, ohne einen solchen Kausalzusammenhang, oder wie das Gesetz sich häufig ausdrückt, ohne eine solche „Verursachung" gibt es keine Verantwortlichkeit.

Was ist aber Ursache?

In der Philosophie kann, wie John Stuart Mill

---

[1]) Nach Cosack a. a. O. S. 677 ist es z. B. keine Schutzgesetzverletzung, wenn A seinen Nachbarn B dadurch schädigt, daß er in seinem Hause ein Bordell betreibt; denn der § 180 StGB. ist nicht zum Schutz der Nachbarn da, sondern zum Schutz der im Bordell verkuppelten Personen oder zum Schutz der allgemeinen Sittlichkeit.

gezeigt hat, Ursache nur das sein, was den Erfolg herbeiführen muß.[1]) Jeder Erfolg pflegt aber durch mehreres bedingt zu sein, und so müßte man Ursache als die Gesamtheit aller Bedingungen des Erfolges definieren. Das ist aber zu weitgehend und in dieser Allgemeinheit juristisch gar nicht brauchbar.

Birkmeyer[2]) bezeichnet Ursache als die vorwiegendste unter den Bedingungen des Erfolges. Aber auch diese Theorie ist praktisch wegen ihrer zu wenig scharfen Abgrenzung schwer durchführbar. Der Birkmeyerschen Theorie schließt sich z. B. Tuzina[3]) an, sieht sich aber auch genötigt, sich für alle Fälle der Teilnahme als Anhänger der „Bedingungstheorie" zu bekennen.

Beachtenswert ist die Bindingsche Theorie.[4]) Nach ihr ist Ursache das, was das Übergewicht der positiven über die negativen Bedingungen herstellt.

Nach der im Strafrecht heute herrschenden Theorie, die auch von den Strafsenaten des Reichsgerichts angewandt wird, ist Ursache an sich jede zum Erfolg mitwirkende Bedingung, aber strafrechtlich ist Ursache natürlich nur diejenige Bedingung, die von einem Menschen schuldhaft gesetzt ist.

---

[1]) vgl. zum folgenden auch Müller-Erzbach a. a. O. S. 329ff.

[2]) a. a. O. S. 17 Anm. 90.

[3]) a. a. O. S. 48.

[4]) Wie Binding selbst sagt: „Ursache sind die zum Erfolg hinstrebenden Bedingungen in ihrem Übergewicht über die davon abhaltenden" (vgl. Normen Bd. 1 S. 112, Bd. 2 S. 224).

Diese „Bedingungs- oder Kausalitätstheorie", die besonders von Buri verfochten wird und heute in v. Liszt wohl ihren Hauptvertreter sieht, soll nun nach v. Liszt auch auf das Zivilrecht Anwendung finden. Das ist aber nicht durchführbar; denn gerade im Zivilrecht erweist sich häufig die Einschränkung des Verursachungsbegriffes der Theorie der conditio sine qua non als notwendig; es würde die strikte Anwendung dieser Theorie zu unerträglichen Härten führen.

v. Liszt[1]) und Radbruch[2]) verlangen allerdings stets uneingeschränkte Anwendung mit der Begründung, daß entweder der Schaden von dem völlig unschuldigen Geschädigten getragen werden müsse oder er dem „Urheber" aufzulegen sei, und das sei billiger.

Dies ist nicht richtig, wie auch allmählich die herrschende Meinung eingesehen hat, und daraus erklärt sich die verschiedene Stellungnahme der Straf- und der Zivilsenate des Reichsgerichts zu dieser Frage. Jene operieren durchweg mit dem Verursachungsbegriff der Theorie der conditio sine qua non und sehen sich nur in den seltensten Fällen zu einer Einschränkung desselben genötigt, diese haben gleich mit richtigem Blick erkannt, daß der Verursachungsbegriff jener Theorie für das Zivilrecht regelmäßig nicht ausreicht. Man wird vielmehr sagen müssen, daß eine Schadensersatzpflicht dann nicht

[1]) DelObl. S. 68ff., bes. S. 71; gegen v. Liszt besonders M. Rümelin a. a. O. S. 261ff.

[2]) a. a. O. S. 60, 67ff.

eintritt, wenn die den Schaden zwar mitbegründende Tatsache für die Entstehung eines derartigen Schadens ihrer generellen Natur nach indifferent war und nur durch Hinzutreten abnormer Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde.[1]) Man kann daher im Rechtssinne nicht jede Bedingung als Ursache betrachten, der Erfolg muß vielmehr durch die Bedingung „adäquat" verursacht sein, wenn für ihn gehaftet werden soll.

Das ist die für das Zivilrecht herrschende Theorie der adäquaten Verursachung. Diese Theorie ist von v. Bar[2]) begründet und von v. Kries[3]) näher ausgeführt und so genannt worden, endlich von Rümelin[4]) für das Zivilrecht besonders nutzbar gemacht worden; v. Kries unterscheidet zwischen adäquatem und zufälligem Kausalzusammenhang und versteht unter adäquatem Kausalzusammenhang denjenigen, bei welchem das verursachende Element den eingetretenen Erfolg begünstigt, während eine solche Begünstigung bei einem zufälligen Kausalzusammenhang nicht vorliegt.

---

[1]) z. B. die zur Fahrt nach der Bahn bestellte Droschke kommt schuldhaft zu spät, infolgedessen versäumt der Reisende den Zug, kann erst mit dem nächstfolgenden fahren und wird in diesem das Opfer eines Eisenbahnunfalles. Hier wäre es doch widersinnig, den Droschkenkutscher für den durch den Tod des Ernährers entstandenen Schaden verantwortlich zu machen.

[2]) v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang 1871.

[3]) a. a. O. S. 179 ff.

[4]) Kausalbegriffe im Straf- u. Zivilrecht.

Die Verwendung dieses Gegensatzes ist schwierig, da die Grenzlinie zwischen einer ganz minimalen Begünstigung, die kaum berücksichtigt werden kann, und der allmählich zur erheblichen Begünstigung ansteigenden Ursache schwer zu finden sein wird. Es muß hier stets das richterliche Ermessen[1]) entscheiden.

Innerhalb dieser Theorie machen sich einzelne Richtungen geltend, so die oben angeführte von v. Kries, die von M. Rümelin,[2]) Enneccerus,[3]) Traeger[4]) und anderen, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann.[5])

Folgen, deren objektive Möglichkeit durch das Tätigwerden des Handelnden generell nicht erhöht werden, oder doch nur in so unerheblichem Grade, daß die Lebenserfahrung damit nicht mehr rechnet, sind als zufällig entstandene vom Geschädigten zu tragen.[6])

Das gilt sogar auch dann, wenn der nächste, d. h. der eigentlich die Haftung begründende Erfolg absichtlich — nicht nur vorsätzlich — herbeigeführt worden ist. Wenn also die Herbeiführung dieses nächsten Erfolges der Zweck des äußern Verhaltens des Täters war, muß noch

---

[1]) § 287 ZPO.

[2]) a. a. O. S. 257 ff.

[3]) a. a. O. § 160 S. 407.

[4]) a. a. O. S. 188 ff.

[5]) vgl. darüber Litten a. a. O. S. 42—70.

[6]) casus a nullo praestantur; so auch Merkel a. a. O. S. 206; Linckelmann S. 56.

gefordert werden, um eine Haftung zu begründen, daß die sich als conditio sine qua non des rechtlich relevanten Erfolges erweisende Willensbetätigung zugleich für Erfolge der eingetretenen Art generell begünstigend ist, sonst tritt keine Haftung ein.[1][2])

Eine Voraussehbarkeit des Schadens ist nicht erforderlich, um einen Kausalzusammenhang zu begründen.

Die sich durch den Begriff der adäquaten Verursachung ergebende Beschränkung der Haftung bezieht sich aber nicht auf die Berechnung des Schadens, sondern nur auf die realen Wirkungen, die die Grundlage für eine Schadensberechnung bilden.[3])

Der Kausalzusammenhang kann sein:

a) ein wahrer, d. h. der Erfolg muß durch das Tun verursacht sein im Sinne der ausgeführten adäquaten Verursachungstheorie, also die Verursachung muß typisch

---

[1]) z. B. der Bauer, der den ihm verhaßten Knecht während des Gewitters in den Wald schickt in der Absicht, daß er vom Blitz erschlagen werde, wird für die Familie des Knechtes nicht unterhaltspflichtig, wenn sich seine Erwartung tatsächlich erfüllen sollte.

[2]) Für die Theorie der adäquaten Verursachung besonders M. Rümelin S. 257; Linckelmann S. 52 ff.; Oertmann Vorbem. zu §§ 249 ff.; Matthiaß Bd. 1 S. 315; Merkel S. 206; dagegen Endemann, Ablehnung einer Operation S. 35 ff.

[3]) z. B. derjenige, der einem berühmten Geigenvirtuosen eine leichte Fingerverletzung an der linken Hand beibringt, haftet auch dann für den Wegfall etwaiger großer Konzerteinnahmen, wenn ihm der Beruf des Verletzten und daher die Bedeutung der Verletzung in dem besonderen Falle unbekannt und gar nicht erkennbar war.

sein. Für eine ungewöhnliche Gestaltung des Kausalverlaufs braucht der fahrlässige Urheber nicht aufzukommen;

b) ein hypothetischer, zwischen Unterlassen und Erfolg. Hierbei ist erforderlich, daß das Tun, welches dem Unterlassenden möglich gewesen wäre, den eingetretenen Schadenserfolg verhindert haben müßte.

Die bloße Möglichkeit, daß auch ohne die schädigende Unterlassung der Schaden hätte eintreten können, hebt den Kausalzusammenhang nicht auf.

Die Unterlassung ist natürlich nur im übertragenen Sinne kausal, da etwas Negatives nicht Ursache einer äußeren Veränderung sein kann. Traeger[1]) schlägt deshalb vor, von „Revalenz" statt Kausalität der Unterlassung zu sprechen.

Nicht erforderlich ist, daß der Schaden durch den verpflichtenden Umstand allein und unmittelbar herbeigeführt worden ist. Beispielsweise würde nach Isay[2]) ein Tierhalter schadensersatzpflichtig sein, wenn sein Hund Schafe anbellt und diese vor Schreck in einen Abgrund springen.

Entscheidend ist im allgemeinen der natürliche und regelmäßige Verlauf der Dinge.

Es genügt z. B. für den Zusammenhang einer Krankheit mit einem Unfall „hohe Wahrscheinlichkeit, und es kann mathematische Gewißheit nicht gefordert werden".[3])

[1]) a. a. O. S. 61 ff.

[2]) a. a. O. S. 308.

[3]) RG. v. 13. 1. 1908 in JurW. 1908 S. 197.

Der Schaden braucht auch nicht auf der Tatsache allein zu beruhen, es können noch andere Umstände mitgewirkt haben. Grundsätzlich aber ist erforderlich, daß der Schaden ohne die zum Ersatz verpflichtende Tatsache nicht eingetreten wäre. Also das äußere Verhalten muß zunächst einmal conditio sine qua non für die Entstehung des Schadens bilden, und erst dann muß geprüft werden, ob die Verursachung adäquat ist.

Wenn eine Handlung den Schaden zwar herbeigeführt haben würde, aber der Schaden, noch ehe die Wirkung der Handlung eintrat, durch eine andere von der Handlung unabhängige Tatsache bewirkt worden ist, so liegt zwischen dem Schaden und der ersten Handlung kein Kausalzusammenhang vor,[1]) derselbe ist unterbrochen worden. Wenn jedoch der Schaden infolge der ersten Handlung schon eingetreten war, so wird der Kausalzusammenhang dadurch nicht wieder aufgehoben, daß der Schaden später durch andere Umstände doch eingetreten wäre.[2])

Hinsichtlich eines entgangenen Gewinns muß für einen Kausalzusammenhang gefordert werden, daß

a) der Geschädigte den Gewinn hätte machen können und wollen, falls das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre;

---

[1]) So auch schon im römischen Recht; vgl. l. 51 pr. u. l. 2 D. ad leg. Aquil 9,2 und dazu Alfred Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung S. 172—182.

[2]) So schon l. 7 § 4 i. f. D. quod vi 43, 24.

b) der Gewinn bei normalem Verlauf der Dinge auch mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.[1])

Es muß also angenommen werden können, daß ein „ordentlicher" Mensch den Gewinn gemacht hätte, und es ist nicht erforderlich, erst zu untersuchen, ob nicht gerade diese Person den Gewinn nicht vielleicht doch versäumt hätte.

Zweifelhaft ist allerdings, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung einer etwaigen Gewinnchance maßgebend ist. Man wird sagen können, daß der Gewinn in einem Zeitpunkt als wahrscheinlich eintretender vorausgesehen werden muß, in dem die Vornahme der zu seiner Erzielung erforderlichen Handlung noch möglich war.

Strenggenommen kann von einer „Verursachung" des entgangenen Gewinns natürlich nicht gesprochen werden. „Es wäre", wie Traeger[2]) sagt, „die Verursachung eines Nichts, ebenso wie die Verursachung durch Unterlassung eine Verursachung durch Nichts ist".

§ 7.

Eine Rechtswidrigkeit.[3])

Man gibt am besten eine negative Definition, indem man sagt: Eine Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn es sich um die Verletzung von Rechten oder Rechtsgütern handelt,

---

[1]) vgl. § 252 Abs. 2: „So wird z. B. die Verwertung des Schatzes, der in der entwendeten Sache vorhanden war, aber erst später entdeckt wurde, zur Verrechnung gebracht werden müssen". M. Rümelin S. 254.

[2]) a. a. O. S. 253.

[3]) vgl. zum folgenden auch Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 (1909) S. 431 ff.

und dieser Eingriff in die fremde Rechtssphäre nicht aus besonderen Gründen gestattet ist.[1]) Die gewöhnliche Strafrechtsdefinition, die Rechtswidrigkeit mit Normenwidrigkeit identifiziert, ist daher abzulehnen. Normenadressaten können nur zurechnungsfähige sein, nicht Bewußtlose, Kinder, Geisteskranke und Tiere.[2])

Es handelt sich hier um objektive Widerrechtlichkeit,[3]) eine sittenwidrige, vorsätzlich die Schädigung eines anderen bezweckende Handlung (§ 826) enthält stets eine Rechtswidrigkeit.[4]) [5])

---

[1]) vgl. v. Liszt, DelObl. S. 85 und Binding, Handb. Bd. 1 S. 738.

[2]) vgl. auch Zitelmann, Allgem. Teil S. 55; Müller a. a. O. S. 42 klammert sich an eine viel zu enge Definition der Rechtswidrigkeit an (Rechtswidrigkeit ist jede von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgehende Verletzung, soweit ihm nicht ein Recht auf die Verletzung zusteht) und kommt infolgedessen zu der ebenso kühnen wie verkehrten Behauptung, daß in den Fällen der §§ 833, 835, 829 eine „unerlaubte Handlung" anzunehmen vollkommen ausgeschlossen sei!

[3]) vgl. Weyl a. a. O. S. 361.

[4]) Nicht überall läßt sich das objektive Moment — die Rechtswidrigkeit von dem subjektiven Moment — dem Verschulden — scharf trennen. „Die verwerfliche Gesinnung des Täters färbt einen blassen Tatbestand oder sogar eine Rechtsausübung derart, daß nunmehr dieser ins Leben gerufene Tatsachenkomplex um der Gesinnung seines Urhebers willen vom Recht gemißbilligt wird (§§ 826, 226). Andrerseits wird ein Erfolg, dessen Herbeiführung in der Regel verboten ist, wegen der vom Täter verfolgten Zwecke gebilligt, ja sogar dem Täter ein subjektives Recht auf Herbeiführung eines solchen Erfolges eingeräumt" (§§ 227, 228, 229). Fischer a. a. O. S. 293.

[5]) Ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, ist stets quaestio

Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit stellt immer die Ausnahme dar, und zwar in der Art, daß, wenn die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes überschritten sind (z. B. Notwehrexzeß), wieder der Regeltatbestand gegeben ist.

Die besonderen Gründe, aus denen ein Eingriff in die fremde Rechtssphäre erlaubt ist, die Widerrechtlichkeit also ausgeschlossen wird, sind:

a) Ausübung eines öffentlichen Amtes, z. B. als Scharfrichter, Gerichtsvollzieher, Schutzmann u. a.;

b) Ausübung privater Rechte, sei es auf Grund des Familienrechts, z. B. elterliche Gewalt (Züchtigungsrecht), Vormund u. a., oder eines dinglichen Rechts, z. B. Nießbrauch, oder eines obligatorischen Rechts, z. B. Verlagsrecht;[1])

c) Notwehr, Notstand, Nothilfe und Selbsthilfe;[2]) [3])

---

facti und die Beantwortung hat sich nach der jeweiligen Verkehrsanschauung zu richten (vgl. Cosack S. 677).

[1]) vgl. dazu auch Alfred Pernice, Labeo Bd. 2, 1 S. 48 ff.

[2]) vgl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 26 ff.

[3]) Der Notstand des § 54 StGB. befreit nur von Strafe, aber nicht von Haftung. Die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs wird aber nicht gehindert durch die Unverantwortlichkeit des Monarchen. Diese gilt nur im Staats- und Strafrecht. Eine vom Monarchen begangene unerlaubte Handlung ist widerrechtlich und macht schadensersatzpflichtig, genau so wie auch Notwehr gegen den Monarchen gegeben ist. Ob die parlamentarische Unverantwortlichkeit der Reichs- und Landtagsmitglieder sich auch auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Verbaldelikte, z. B. § 824 erstreckt, ist sehr bestritten. Die herrschende Meinung bejaht es.

d) rechtsgültige Einwilligung des Verletzten in die Verletzung.

In den Fällen der §§ 823 Abs. 2, 824, 825, 826, 839 läßt das Gesetz im Text das Wort „widerrechtlich" weg, weil hier stets absolute Widerrechtlichkeit vorliegt und ein Recht zum Eingriff nicht gegeben sein kann. Dadurch, daß sich eine Rechtsverletzung auf polizeiliche Ermächtigung zu stützen vermag, wird deren Widerrechtlichkeit nicht ausgeschlossen,[1]) andrerseits aber erscheint eine Handlungsweise auch nicht schon deswegen als rechtswidrig, weil sie fremde Rechte oder Rechtsgüter zu gefährden geeignet ist.[2])

Im Strafrecht unterscheidet man Ausschluß der Strafe, der Schuld und der Rechtswidrigkeit. Darin liegt eine Steigerung; denn ein Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit schließt auch Schuld und Strafe aus, andererseits läßt ein Schuldausschließungsgrund die Rechtswidrigkeit bestehen. Entsprechend ist nun ein Zivilrecht zu unterscheiden, nur daß an die Stelle der „Strafausschließungsgründe" die „Schadensersatzausschlußgründe" treten.[3])

Bei der oben aufgestellten Definition ist es klar, daß eine Rechtswidrigkeit im bürgerlichrechtlichen Sinne

---

[1]) So OLG. Karlsruhe in Rspr. d. OLG. Bd. 2 S. 457 ff.

[2]) OLG. München im Recht 1903 S. 79.

[3]) Der Vorentwurf eines StGB. hat die Dreiteilung der Ausschlußgründe fallen gelassen und spricht nur von Strafausschlußgründen.

(anders im Strafrecht) auch von Unzurechnungsfähigen, Kindern und Tieren begangen werden kann.

Die Widerrechtlichkeit als objektiver Begriff ist daher scharf zu scheiden von dem subjektiven Begriff des Verschuldens.[1]) So ist z. B. nach § 858 verbotene Eigenmacht stets widerrechtlich, aber sie setzt so wenig ein Verschulden voraus, daß etwas widerrechtlich in Besitz Genommenes sogar zu gutgläubigem Besitz führen kann (§ 2025 Abs. 2).

Die Notwehr ist, wie Fischer[2]) sagt, der Rechtswidrigkeitsausschlußgrund κατ' ἐξοχήν nach dem Satze: Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.

Während bei Notwehr eine Interessenabwägung nicht notwendig ist, ist dies beim Notstand der Fall, allerdings gibt diese Interessenabwägung hier nur die Grenze an, wie Oertmann meint, nicht den Rechtsgrund.

Der Ausschluß der Schadensersatzpflicht greift jedoch bei der Notwehr nur Platz, soweit es sich um eine Schädigung des Angreifers, nicht aber dritter Personen handelt.

Eine Ausnahme muß bei verschuldeter Notwehr und verschuldetem Notstand gemacht werden.[3])

---

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 6; Oertmann Bem. 7; Weyl S. 365; Zieger S. 5; RG. Bd. 50 S. 66.

[2]) a. a. O. S. 201 ff. (bis 220).

[3]) So auch Fischer a. a. O. S. 246 ff. Er führt folgendes Beispiel an: A jagt aus üblem Scherz dem B einen Schrecken ein. B, der sich bedroht wähnt, greift A an und wird von ihm erschossen. Die herrschende Meinung ist leider anderer Ansicht. vgl. dazu auch Binding, Normen Bd. 2 S. 202.

Während im allgemeinen das objektive Merkmal der Widerrechtlichkeit von der Person des Geschädigten aus genommen wird, so ist umgekehrt in den Fällen der Beamtenhaftung (§§ 839, 841) die objektive Grundlage der Ersatzpflicht in der Person des Schädigers, in seiner Eigenschaft als Beamter zu suchen; denn die Schadenszufügung ist nicht deshalb widerrechtlich, weil fremde Rechte oder Rechtsgüter verletzt sind, sondern weil der Täter die ihm obliegende Amtspflicht verletzt hat. Es ergibt sich hieraus, daß nur derjenige ersatzberechtigt ist, demgegenüber die Amtspflicht verletzt würde, nicht aber auch ein Dritter, der mittelbar infolge der Amtspflichtverletzung einen Schaden erlitten hat.[1])

Die Ersatzpflicht der Beamten[2]) ist auch durch § 839 Abs. 3 sehr gemildert, allein dieser Absatz erscheint entbehrlich, da er sich nur als lex specialis gegenüber der lex generalis § 254 darstellt.

Der in § 839 erwähnte Beamtenbegriff ist keineswegs der weite des § 359 StGB., es ist vielmehr der viel engere Beamtenbegriff des täglichen Lebens maßgebend.[3])

Es ist noch erforderlich genauer zu betrachten, in-

---

[1]) vgl. Linckelmann a. a. O. S. 90 ff.; Mot. Bd. 2 S. 823 ff.; Windscheid-Kipp S. 951 f.

[2]) vgl. auch die betreffenden Gesetze für Preußen und das Reich von 1909 bezw. 1910.

[3]) So auch Linckelmann S. 101.

wieweit durch die Ausübung privater Rechte die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

Hat z. B. jemand sich gegen Entgelt das Recht einräumen lassen, auf fremder Wiese das Gras zu mähen, sobald es schnittreif ist, und für sich zu behalten, so handelt er nicht widerrechtlich, wenn er dann später, ohne noch einmal zu fragen, die Wiese betritt und das Gras mäht, da in dem Abschluß des Vertrages bereits die Gestattung liegt. Wenn ihm aber inzwischen vom Eigentümer das Betreten der Wiese oder das Mähen des Grases verboten worden war, so verletzt zwar der Eigentümer damit seine Vertragspflicht, der andere aber handelt, wenn er nun doch die Wiese betritt und das Gras mäht, widerrechtlich. Daraus ergibt sich, daß die durch einen Vertrag bedungene Gestattung noch im Augenblick der Vornahme der Handlung in Kraft sein muß bezw. bis zur Vornahme nicht ausdrücklich widerrufen sein darf.

Ein nachträglicher Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung hat zur Folge, wenn er auch die obligatorische Verpflichtung des Schuldners verletzt, daß der Gläubiger die Handlung, die der Schuldner zu dulden verpflichtet ist, nunmehr nicht vornehmen darf; andererseits aber ist in allen Fällen, in denen es sich nicht um Gewalt gegen die Person oder um Störung oder Entziehung des Besitzes des anderen handelt, die einmal gegebene vertragliche Gestattung unwiderruflich. Hat z. B. jemand einem anderen das Recht zur Ausnutzung

eines Patentes eingeräumt, so wird dadurch, daß er der Ausnutzung nachher widerspricht, die Ausnutzungshandlung nicht zu einer widerrechtlichen.

Daraus folgt, daß ein Eingriff in fremde Rechtsgüter in Ausübung eines eigenen „Darf- oder Kannrechts", sofern nicht das verletzte Recht dem ausgeübten Recht gegenüber im Range vorgeht, niemals rechtswidrig ist, daß dagegen der Eingriff in fremden Besitz, außer bei eigenem Rechtsbesitz, immer rechtswidrig ist, sofern eben nicht der Besitzer einwilligt.

Ein obligatorisches Recht vermag den Eingriff in die Rechtsgüter des Schuldners nicht zu rechtfertigen, nur durch die Einwilligung des Schuldners, die zur Zeit der Vornahme der Handlung noch bestehen muß, verliert hier der Eingriff seine Rechtswidrigkeit.[1])

Damit kommen wir zu der wichtigen Frage, ob und inwieweit eine Einwilligung des Beschädigten in die schädigende Handlung die Widerrechtlichkeit und damit die Schadensersatzpflicht aufhebt.

Man wird den Grundsatz aufstellen können, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigt, sofern der Einwilligende befugt ist über das verletzte Recht oder Rechtsgut zu verfügen. Ferner ist natürlich erforderlich, daß die Einwilligung eine freiwillige ist, nicht etwa eine

---

[1]) vgl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 35 ff., dessen Ausführungen Obiges (von S. 38 ab) entnommen ist.

durch unerlaubte Mittel bewirkte, und endlich darf die Verfügung des Einwilligenden auch nicht nach Art und Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen. Wenn eine Tat trotz Einwilligung strafbar bleibt (z. B. § 216 StGB.), so bleibt sie natürlich auch ziviliſtiſch widerrechtlich.

Der Satz „volenti non fit iniuria“ gilt also auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nur sehr beschränkt, z. B. nie bei § 825, denn hier ist natürlich stets eine „Einwilligung“ der Geschädigten gegeben.

Der 1. Entwurf bestimmte in § 706, daß dem Beschädigten, der in die Schädigungshandlung einwilligt, ein Schadensersatzanspruch nicht zustehe.

Die 2. Kommission hob diese Bestimmung wieder auf und zwar aus folgenden Gründen: Falls und inwieweit die verletzende Handlung durch die Einwilligung des Verletzten nicht mehr widerrechtlich ist, wird ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen. Es ist dies aber stets quaestio facti und bedarf im Einzelfall der Untersuchung. Die Fassung des § 706 sei zu allgemein und daher unrichtig. Ein später im Reichstag gestellter Antrag, wonach Verträge nichtig sein sollten, durch welche die Ersatzpflicht für Verletzung gewisser Rechtsgüter aufgehoben oder eingeschränkt werde, fand keine Annahme.

Die Einwilligung ist als Rechtsgeschäft aufzufassen, sie will dem anderen ein Recht zu seiner Handlung

geben,[1]) sie muß daher als Rechtsgeschäft wirksam sein. Die Einwilligung ist eine Willenserklärung und kann daher ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Die Vorschriften über Stellvertretung, Bedingung, Befristung, Willensmängel usw. haben nach den allgemeinen Grundsätzen Anwendung zu finden. Es ist volle Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden erforderlich, sowie daß derselbe alleiniger Träger des zu verletzenden Rechtsgutes ist. Der Empfänger der Einwilligung dagegen braucht, da er durch die Einwilligung ja lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt — außer er übernimmt eine Pflicht zur Vornahme der Handlung — nur beschränkt geschäftsfähig zu sein.

Wenn die Einwilligung aus irgendeinem Grunde unwirksam ist, so ist die Verletzung objektiv rechtswidrig. Hat der Täter jedoch subjektiv an die Wirksamkeit der Einwilligung geglaubt, so fehlt, falls der Irrtum gerechtfertigt war, das Verschulden. Es ist noch zu erörtern, inwieweit die Einwilligung des Verletzten selbständige Schadensersatzansprüche dritter Personen auszuschließen vermag.

Die nach § 844 dritten Personen zustehenden Ersatz-

---

[1]) So auch Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 53ff.; and. A. Linckelmann a. a. O. S. 81, er hält die Einwilligung für einen Rechtsakt, will aber, da der Sprachgebrauch des BGB. nicht zwischen Rechtsgeschäft u. Rechtsakt unterscheide, die Bestimmungen über Rechtsgeschäft auch angewandt wissen; vgl. ferner v. Liszt, DelObl. S. 96; Fischer a. a. O. S. 272; Zieger S. 39 Anm. 13.

ansprüche sind selbständiger Natur, stehen ihnen also kraft eigenen Rechtes zu und werden daher nicht berührt durch eine etwaige Einwilligung des Verletzten in die verletzende Handlung.[1]) Dasselbe gilt auch von § 845.

Nicht ausgeschlossen wird die Widerrechtlichkeit dadurch, daß der Geschädigte nur in eine Handlung eingewilligt hat, gelegentlich deren die Verletzung geschieht, nicht aber in die Verletzung selbst. Das wird meist der Fall sein bei Verletzungen im Spiel oder bei Infektionen durch Geschlechtsverkehr. Allerdings wird in derartigen Fällen ein konkurrierendes Verschulden des Verletzten die Anwendung des § 254 häufig ermöglichen, besonders dann, wenn die Handlung trotz Kenntnis der mit ihr verbundenen Gefahr vorgenommen wird.[2])

Wird eine an sich widerrechtliche Handlung infolge eines Befehles vorgenommen, dem der Handelnde zu gehorchen gesetzlich verpflichtet ist, so wird dadurch für den Handelnden die Widerrechtlichkeit aufgehoben,[3]) allerdings hat der Untergebene selbst zu prüfen, ob eine Rechtsverbindlichkeit zu gehorchen für ihn vorliegt. Fehlt sie und ist ihm dies bewußt, so macht er sich durch Befolgung

---

[1]) So RG. Bd. 55 S. 31; ferner Oertmann Bem. 4 zu 844; Staudinger Bem. VI zu 844; Dernburg § 391 Anm. 13.

[2]) z. B. Geschlechtsverkehr mit einer Person, von der man weiß, daß sie erst kürzlich geschlechtskrank war.

[3]) vgl. Lühl a. a. O. S. 55. Dasselbe wird von der Nötigung § 52 StGB. gelten müssen.

des Befehls als Teilnehmer strafbar und natürlich auch schadensersatzpflichtig.[1])

„Wer in die Lage kommt, einen Befehl ausführen zu sollen, der die Verletzung rechtlich geschützter Interessen zum Gegenstand hat, muß lediglich prüfen, ob dem Befehlenden die Befugnis zum Eingriff in das betreffende Privatrecht allgemein zusteht und ob die Ausführung derartiger Befehle zu seinen Pflichten gehört. Die Verantwortung dafür, ob die materiellen Voraussetzungen der Rechtsverletzung im konkreten Fall vorliegen, trifft allein den Befehlenden."[2])

v. Liszt[3]) will in einem solchen Falle einen Notstand nach § 904 BGB. erblicken.

Zitelmann[4]) sagt: „Eine Einwilligung zu einer Verletzung des eigenen Körpers wird stets unsittlich sein, falls es sich nicht um eine ganz geringfügige Verletzung handelt oder sie zu einem vernünftigen Zwecke erfolgt". Dies wird wichtig für die Frage, wie juristisch eine Operation zu beurteilen ist.

Es erscheint uns unbedenklich, den Grundsatz aufzu-

---

[1]) vgl. MStGB. § 47 Ziff. 2: „Den gehorchenden Untergebenen trifft die Strafe des Teilnehmers, wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Vergehen oder Verbrechen bezweckte."

[2]) Bauer a. a. O. S. 891.

[3]) DelObl. S. 94 ff.

[4]) Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 85.

stellen, daß ein Eingriff nach ärztlichen Kunstregeln niemals eine Körperverletzung sein kann.[1])

Die vom Arzt kunstgerecht vorgenommene Operation kann also auch nie widerrechtlich sein, wenn sie mit wirksamer Einwilligung des Patienten oder dessen gesetzlichen Vertreters erfolgt ist.[2]) Wie ist es aber zu beurteilen, wenn ein Arzt eine Operation vornimmt, weil sie nach seiner Überzeugung notwendig ist, ohne Einwilligung des Patienten oder dessen gesetzlichen Vertreters, etwa weil der Patient bewußtlos ist oder die Einwilligung des abwesenden Vertreters nicht ohne Gefahr für Leib oder Leben des Patienten abgewartet werden kann?

Zitelmann leitet hier die Befugnis des Arztes nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag ab, wobei er sich besonders auf § 677 BGB. beruft. Gegen Zitelmann wendet sich überzeugend Planck.[3]) Er unterscheidet zwischen staatlich approbierten Ärzten[4]) und solchen, die das nicht sind. Erstere Kategorie habe eben kraft der amtlichen Approbation (Berufsrecht) das Recht, eine solche Operation vorzunehmen, und dadurch wird die Widerrechtlichkeit ja schon an und für sich ausgeschlossen. Nach der Zitelmannschen Auf-

---

[1]) Zitelmann allerdings a. a. O. S. 81 sieht auch die gelungenste Operation als Körperverletzung an. Dagegen bes. Kahl, der Arzt im Strafrecht, in ZStW. Bd. 29, Berlin 1909, S. 351 ff.

[2]) Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 104 ff.

[3]) a. a. O. S. 682 ff.

[4]) GewO. § 29.

fassung würde aber die Erlaubnis, ohne Einwilligung des Patienten oder des gesetzlichen Vertreters eine Operation vorzunehmen, jedem Kurpfuscher eingeräumt, und das sei bedenklich. Im übrigen weist Planck schon aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nach, daß sich die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag nur auf die obligatorischen Verpflichtungen beziehen, die sich aus der Geschäftsführung im Verhältnis von Geschäftsführer zu Geschäftsherrn gegeneinander ergeben,[1]) und daß die Ansprüche, die sich auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen wegen widerrechtlichen Eingriffs in die Rechtssphäre eines anderen ergeben können, unberührt bleiben.

Der Ansicht von Planck wird als der richtigeren unbedingt zu folgen sein. Es ist nicht recht zu verstehen, warum von den Gegnern dieser Ansicht das „Berufsrecht" der Ärzte immer als etwas ganz Erkünsteltes dargestellt wird.[2])

Allerdings ist denkbar, daß nach der Planckschen Ansicht sich manchmal Härten für den Geschäftsführer ergeben können, aber einmal ist eben, falls die Geschäftsführung wirklich dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat, ein Schaden für diesen durch die Geschäftsführung nicht entstanden, oder er wird wenigstens nicht

[1]) vgl. dazu auch Fischer a. a. O. S. 279 ff., der sich Zitelmann anschließt; ferner Cosack S. 678.

[2]) So auch Kahl, der Arzt im Strafrecht in ZStW. Bd. 29 Berlin 1909 S. 362 u. 368.

zwecks Ersatzes geltend gemacht werden, andrerseits sind die Härten, die nach der Planckschen Auffassung den Geschäftsführer treffen, ganz minimal im Vergleich zu den Härten, die nach der Zitelmannschen Ansicht den Geschäftsherrn treffen könnten.

Die ganze Frage ist noch wenig geklärt und der Ärztestand leidet schwer darunter, daß von der herrschenden Meinung immer noch ärztliche Berufshandlungen als Körperverletzungen angesehen werden.

Der in Stuttgart 1911 tagende 38. Deutsche Ärztetag hat sich auch mit dieser Frage beschäftigt und gelangte zu der Resolution, daß ärztliche Handlungen, wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft ausgeführt werden, als solche unter den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung nicht fallen dürfen. Einen gangbaren Weg zur Beseitigung der Unzuträglichkeiten erblickte der Ärztetag in § 67 des Vorentwurfs zu einem neuen Strafgesetzbuch, wenn er folgende oder eine ihr gleichwertige Fassung erhielte:

„Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Rettung der Person oder des Eigentums seiner selbst oder eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf sachgemäße Weise zu beseitigenden, unverschuldeten Gefahr vornimmt, es sei denn, daß die Gefahr so gering ist oder, soweit es sich nur um die Rettung von Eigentum handelt, der von der Handlung zu erwartende Schaden unverhältnismäßig größer ist als die Gefahr.

Nicht strafbar ist, wer eine Handlung zur Rettung

einer Person aus einer gegenwärtigen, auf sachgemäße Weise zu beseitigenden Gefahr an ihr selbst vornimmt, es sei denn, daß die Gefahr nur gering ist."

Mit der Strafe müßte natürlich auch die Schadensersatzpflicht, soweit kein Verschulden vorliegt, ausgeschlossen sein.

B. Die gewöhnlichen Mehrerfordernisse.

§ 8.

a) Eine Handlung.

Der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfordert, wie dargelegt, ein äußeres Verhalten. Dieses kann eine Tat sein und heißt dann, wenn sie sich als Ausfluß des Willens darstellt, Handlung.[1])

Handlung in diesem engeren Sinne ist also ein gewolltes Tun. Handeln kann nur ein Mensch, dessen Wille darauf gerichtet ist, in einer bestimmten Weise tätig zu werden, und der dann diesen Willen entsprechend äußerlich betätigt.

α) Gewolltes Tun.

Eine Handlung, die rechtlich von Erheblichkeit sein soll, muß auf einem rechtsgültigen Willen beruhen, oder,

---

[1]) Der Allgemeinbegriff der Handlung ist mit v. Liszt (Lehrb. S. 125) definiert: „die willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt, also das von Erfolg begleitete willkürliche Verhalten".

wie Binding[1]) sagt, „ein solcher Wille muß darauf gerichtet sein, auf dem Rechtsgebiet eine Veränderung herbeizuführen, und sein Träger muß zugleich vor dem Gesetz fähig erscheinen, diese Veränderung von Rechtswegen zu wollen".

Das ist die Handlung im engsten Sinne.[2]) [3])

Geisteskranke oder Kinder können nicht rechtsgültig handeln. Wir haben es also in diesem Paragraphen nur mit einem Ausschnitt aus dem § 4 zu tun. Wenn dort ganz allgemein von einem „Tun" als Essentiale der unerlaubten Handlung die Rede war, so soll hier von dem Tun gesprochen werden, das ein Zurechnungsfähiger gewollt hat, also von der „Handlung" im engsten Sinne, und diese gehört zu den gewöhnlichen Mehrerfordernissen des Tatbestandes der „unerlaubten Handlungen". Man darf sich durch den Gleichlaut der Worte nicht beirren lassen. Hier in der Überschrift unseres Paragraphen ist Handlung in dem oben angegebenen engsten Sinne zu verstehen, dort in der Überschrift des 25. Titels des 2. Buches im Bürgerlichen Gesetzbuch dagegen im weitesten, übertragenen Sinne gleich Geschehen, Ereignis.

Das Gesetz selbst verlangt diese Unterscheidung, indem es fast überall dort, wo eine Handlung im engsten Sinne nicht Tatbestandserfordernis ist, die volle Haftung auch einschränkt, sei es, daß an die Stelle der Vollhaftung die

[1]) Normen Bd. 2 S. 40.

[2]) vgl. auch Müller a. a. O. S. 37 ff.

[3]) vgl. dazu Alfred Pernice, Labeo Bd. 2 S. 103 ff.

Billigkeitshaftung des § 829 tritt, sei es, daß dem Ersatzpflichtigen die Möglichkeit eines Exkulpationsbeweises gegeben wird, wie in den §§ 831, 832, 833 Abs. 2, 834, 836. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch das Wort „Handlung" nicht nur immer im engsten Sinne gebraucht, geht auch schon aus der Fassung des § 828 Abs. 2 hervor, denn hier wird von der Handlung gesprochen, die jemand vornimmt, dessen Wille rechtlich nicht relevant ist.

Die Terminologie des Gesetzes ist überhaupt nicht einwandfrei. Im allgemeinen bezeichnet „unerlaubte Handlung" im Bürgerlichen Gesetzbuch einen Tatbestand, der eine rechtswidrige Verletzung von absoluten Rechten oder Rechtsgütern enthält und von der Rechtsordnung mit der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht belegt ist. Dem steht aber nun wieder die Fassung der §§ 831 und 852 entgegen; denn dort ist ganz ausnahmsweise unter „unerlaubter Handlung" nicht der volle Tatbestand, sondern nur das Verhalten des Verletzers, sei es Mensch oder Tier, abgesehen vom Eintritt des Schadens, gemeint.[1])

Grundsätzlich macht nur die eigene Handlung des

---

[1]) vgl. Eltzbacher a. a. O. S. 277ff.: „Von einer unerlaubten Handlung sprechen wir im doppelten Sinne. Erstens bezeichnen wir es als eine unerlaubte Handlung, wenn mehrere gemeinsam jemanden mißhandeln und dieser infolgedessen Vermögensschaden und anderen Schaden erleidet, zweitens nennen wir aber auch den für sich und ohne Hinblick auf die Folgen betrachteten Anteil des einzelnen Täters an der Mißhandlung eine unerlaubte Handlung. Die ZPO. meint im § 32 wahrscheinlich den Gesamttatbestand usw."

Täters diesen für den aus derselben etwa entstandenen Schaden verantwortlich, ausnahmsweise jedoch werden gewisse Personen für das widerrechtliche Handeln Dritter haftbar gemacht. Das sind einerseits die Geschäftsherren, andrerseits die aufsichtspflichtigen Personen. „Der Rechtsgrund der sogen. Haftung für fremde Handlung kann nur der sein, daß die anscheinend fremde Handlung eben eigene Handlung ist.“ [1])

Das Gesetz steht aber hier auf dem Verschuldungsprinzip und mildert im Vergleich zum französischen Recht [2]) diese Haftung ganz wesentlich dadurch, daß dem Geschäftsherrn der Exkulpationsbeweis gestattet wird.

Diese Verteilung der Beweislast stammt erst aus der 2. Lesung. Der 1. Entwurf wollte, daß der Geschädigte den Beweis eines Verschuldens des Geschäftsherrn führen sollte. Das war eine offenbare Unbilligkeit, da die Durchführung eines solchen Beweises für den Außenstehenden mit den größten Schwierigkeiten verknüpft ist, vielfach sogar ganz unmöglich sein wird; dagegen wird dem Geschäftsherrn, der ja die Organisation seines Betriebes genau kennt, die Führung des Exkulpationsbeweises, falls eine Schuld seinerseits wirklich nicht vorliegt, gar nicht schwer fallen.[3])

---

[1]) Jung a. a. O. S. 137; vgl. ferner Dreyer in Verhandl. d. 17. DJT. Bd. 1 S. 107 ff.; RG. Bd. 73 S. 436 ff.

[2]) code civil art. 1384.

[3]) So Jung a. a. O. S. 60; vgl. ferner RG. Bd. 53 S. 75, Bd. 50 S. 62.

Der positiven Handlung im engeren Sinne steht die negative, d. h. die

β) gewollte Unterlassung[1])

gegenüber.

Das Strafrecht unterscheidet echte Unterlassungsdelikte (delicta omissiva), bei denen das Nichthandeln unmittelbar schon Delikt ist, ohne daß es auf die Abwendung eines Erfolges ankommt, und unechte Unterlassungsdelikte (delicta per omissionem commissa), bei denen die Nichterfüllung einer Verpflichtung zur Abwendung eines bestimmten Erfolges das Delikt bildet.

Jene sind Verletzungen von Präzeptiv-, diese von Prohibitivgesetzen. Da nun der Erfolg, d. h. der eingetretene Schaden, ein Essentiale im Tatbestand der unerlaubten Handlung bildet, so ist es klar, daß wir nur die sogen. unechten Unterlassungsdelikte des Strafrechts zu einem Vergleich heranziehen können; denn nur dann, wenn ein schädigender Erfolg eingetreten ist, der ohne die pflichtwidrige Unterlassung nicht eingetreten wäre, ist die Unterlassung zivilrechtlich relevant. Grundsätzlich ist nur für eigene gewollte Unterlassung einzustehen, aber es ist sehr wohl möglich, daß der Geschäftsherr oder Aufsichtspflichtige auch für fremdes Unterlassen haftbar

---

[1]) Auch das Unterlassen ist eine Handlung, eine Willensbestimmung, aber eine Bestimmung des Willens nicht zur Tätigkeit, sondern zur Untätigkeit; vgl. Windscheid Bd. 2 S. 14 N. 1a.

gemacht werden kann. Unterlassung ist also kein bloßes Nichthandeln, sondern es ist die Nichterfüllung einer Rechtspflicht, daher liegt bei Unterlassung stets ein Verschulden vor.[1])

Schwierigkeiten entstehen nun allerdings für das Bürgerliche Gesetzbuch durch den § 826; denn dieser erhebt gewissermaßen eine durch die guten Sitten[2]) gebotene Handlung zur Rechtspflicht. Allerdings darf man hierbei nicht übersehen, daß die gegen die guten Sitten verstoßende Handlung nur dann der rechtswidrigen gleichgestellt ist (ebenso bei der Unterlassung), wenn der Vorsatz auf die Schadenszufügung, nicht etwa auf den Verstoß gegen die guten Sitten gerichtet war.

Es ist also in ganz merkwürdiger Weise die objektive Widerrechtlichkeit von einem subjektiven Tatbestande abhängig gemacht.[3])

§ 9.

b) Zurechnungsfähigkeit.

Voraussetzung des Verschuldens ist die Zurechnungsfähigkeit, die Imputabilität.

---

[1]) vgl. Endemann, Lehrb. S. 1268; and. M. Rümelin a. a. O. S. 160.

[2]) Über den Begriff der guten Sitten vgl. besonders Weyl a. a. O. S. 219–232; ferner M. Rümelin S. 322 ff.; Kiefe a. a. O. S. 26 ff.; v. Liszt, DelObl. S. 73 ff.

[3]) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 6 Anm. 10.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit oder, wie es sich ausdrückt, der Verantwortlichkeit anders als die Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit geordnet.

Es hat sich an die Vorschriften des Strafrechts eng angeschlossen. Es vermeidet, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit positiv zu bestimmen, und zählt nur negativ diejenigen besonderen Umstände auf, deren Vorhandensein die Verantwortlichkeit ausschließt.

a) Physische Personen.

Zurechnungsfähig ist jeder erwachsene, geistig normale und normal entwickelte Mensch, sofern er sich im ungetrübten Besitz seiner geistigen Kräfte befindet.

Bei diesem ist die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht vorhanden. Bei Zurechnungsfähigkeit ist der Täter voll verantwortlich. Der vermindert Zurechnungsfähige ist ziviliſtisch zurechnungsfähig und unterliegt der vollen Haftung.

Der Zurechnungsunfähige ist nicht unbedingt und nicht notwendig haftfrei, vielmehr hat in das Bürgerliche Gesetzbuch nach dem Vorbilde des preußischen,[1]) österreichischen[2]) und schweizerischen[3]) Rechts die Bestimmung des § 829, die sogen. Billigkeitshaftung, Aufnahme ge-

[1]) ALR. I, 6 §§ 41—44.

[2]) Österr. BGB. von 1811 § 1310.

[3]) ObligR. Art. 58.

funden. In den Fällen der §§ 823—826 kann nämlich der von einem durch die §§ 827, 828 Geschützten begangene Schaden, sofern er gemäß § 832 nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, aus Billigkeitsgründen von dem Zurechnungsunfähigen gefordert werden. Dem richterlichen Ermessen ist hierdurch ein außerordentlich weiter Spielraum gelassen,[1]) und zwar ist für die vom Richter anzustellende Billigkeitserwägung nicht nur der Zeitpunkt der Tat ausschlaggebend, vielmehr ist sie überhaupt an keinen bestimmten Zeitpunkt gebunden.[2])

β) Juristische Personen.

Sie sind nach § 31 verantwortlich, wenn sie Organe haben. Der § 31 gehört auch zu den Fällen des Gefährdungsprinzips. In Rom herrschte der Grundsatz „societas delinquere non potest“,[3]) heute aber haftet der Verein für seine Organe, und zwar für den Schaden, den diese in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt haben.

„Die Körperschaft gewinnt hierdurch die Möglichkeit, in den Rechtsverkehr handelnd einzutreten, daher muß sie auch die Nachteile tragen, welche die künstlich ge-

---

[1]) vgl. Heinsheimer a. a. O. S. 236.

[2]) Schwarz a. a. O. S. 22 u. 26.

[3]) l. 15 § 1 D. de dolo molo 4, 3.

währte Vertretung mit sich bringt, ohne in der Lage zu sein, Dritte auf den häufig unergiebigen Weg der Belangung des Vertreters hinzuweisen. Es ist ein Verkehrsbedürfnis, trotzdem die Körperschaft nicht handeln kann, sie haften zu lassen für ihre Vertreter. Es sind das Zweckmäßigkeitsrücksichten."[1])

Die Schadensersatzhaftung des § 31 beruht, wie Voigt[2]) ganz richtig hervorhebt, auf einer außerkontraktlichen Grundlage; denn sobald es sich um ein kontraktliches Verhältnis handelt, ist § 278 anzuwenden.

Die Zurechnungsfähigkeit fehlt der physischen Person bei vorübergehender abnormer Geistesverfassung, d. h.

a) wenn sich der Täter im Zustand der Bewußtlosigkeit befand (analog § 51 StGB.). Die Bewußtlosigkeit braucht keine absolute zu sein, es genügt relative, d. h. daß trotz im allgemeinen noch dämmernden Bewußtseins die Vorstellung von der Beschaffenheit und dem Verlauf des betreffenden Tuns fehlt.[3]) Es ist ein Fehlen des Bewußtseins in bezug auf die Tat nötig, eine bloße Trübung genügt noch nicht.

Der § 708 des 1. Entw. lautete: Hat eine Person, während sie des Vernunftgebrauchs beraubt war, einem anderen einen Schaden zugefügt, so ist sie hierfür nicht verantwortlich. Aber schon in der 2. Lesung erfolgte die analoge Annahme des § 51 StGB.;

---

[1]) So Mot. Bd. 1 S. 102—104.

[2]) a. a. O. S. 23.

[3]) z. B. Schlaf, Ohnmacht, Hypnose, sinnlose Trunkenheit u. a.

b) wenn sich der Täter in einem vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet und zugleich die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.[1])

Die Bewußtlosigkeit oder geistige Störung muß im Augenblick der Schadenszufügung gegeben sein, d. h. also in dem Augenblick, in welchem die den Schaden verursachende Handlung vorgenommen wurde.[2])

Hat sich jedoch der Täter schuldhaft, z. B. durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in solchen Zustand versetzt, so ist er für den Schaden, den er in diesem Zustand widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit (gegen andere) zur Last fiele (§ 827 BGB.). Im Strafrecht fehlte bisher eine solche Bestimmung (höchstens § 361 Ziff. 5 StGB.), aber der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch hat im § 64 eine dem § 827 BGB. analoge Regelung vorgesehen.[3])

In der strafrechtlichen Literatur sind solche Fälle als „actiones liberae in causa" bekannt und werden in der Art behandelt, daß, falls Kausalzusammenhang und Verschulden nachweisbar sind, die volle Verantwortlichkeit eintritt.[4])

---

[1]) z. B. hohes Fieber, epileptische Anfälle.

[2]) v. Liszt, DelObl. S. 49.

[3]) vgl. aber die scharfe Kritik im Gegenentwurf von Kahl, Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt (1911) S. 14ff.

[4]) vgl. auch darüber RG. in Strafs. Bd. 22 S. 144f.

Ähnlich bestimmte schon das allgem. Landrecht[1]: „Wer sich selbst in einen vorübergehenden Zustand, in welchem er seiner Vernunft nicht mächtig ist, versetzt hat, muß auch den in diesem Zustand unwillkürlich verursachten Schaden ersetzen". v. Liszt[2] meint, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Regelung des § 827 hätte vermissen können, ebenso wie bisher im Strafrecht eine solche Bestimmung nicht vermißt worden ist.

Die Verantwortlichkeit tritt natürlich nicht ein, wenn der Täter ohne Verschulden in den Zustand geraten ist. Dabei ist das Verschulden zu zerlegen in ein Verschulden gegen andere und in ein Verschulden gegen sich selbst.[3] Unter Verschulden ist hier das Verschulden gegen sich selbst, d. h. subjektive oder objektive Ordnungswidrigkeit zu verstehen. Diese ist z. B. nicht vorhanden, wenn ein Arzt an sich selbst Experimente macht, oder wenn jemand ohne Fahrlässigkeit die berauschende Wirkung eines Getränkes nicht kannte.

Es genügt sonst in solchen Fällen eine subjektive Ordnungswidrigkeit, d. h. der Täter haftet, falls er sich ordnungswidrig betrunken hat, auch dann, wenn er alle im Verkehr erforderlichen Vorsichtsmaßregeln getroffen hat, und zwar deswegen, weil durch die Vorsichtsmaß-

---

[1] ALR. I, 6 § 40.

[2] v. Liszt, DelObl. S. 50.

[3] vgl. Zitelmann, Das Recht des BGB. Bd. 1 S. 152ff.; über den Begriff des „Verschuldens gegen sich selbst" vgl. bes. Weyl a. a. O. S. 517—528.

regeln zwar das Verschulden gegen andere, nicht aber das Verschulden gegen sich selbst ausgeschlossen worden ist.

Der § 827 fingiert eine Fahrlässigkeit, daher ist der Täter nur dann haftbar, wenn das Gesetz auch die fahrlässige Rechts- oder Rechtsgutverletzung bestraft, niemals aber dann, wenn zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes ein vorsätzliches Handeln verlangt wird.

Derjenige also, der durch Verschulden gegen sich selbst sich in einen Zustand der Trunkenheit versetzt hat, haftet ohne weiteres für objektiv widerrechtliche Schadenszufügung ohne jedes Verschulden gegen andere nur dann, wenn nach dem Gesetz auch an fahrlässiges, nicht nur an vorsätzliches Handeln die Schadensersatzpflicht geknüpft wird.[1])

Diese Regelung führt zu nicht unbedenklichen Resultaten. Es begeht z. B. jemand in sinnloser selbstverschuldeter Trunkenheit einen Betrug. Da beim Betrug Vorsatz (Absicht) erforderlich ist, so muß der Täter völlig haftfrei bleiben, war der Täter aber völlig und unheilbar geisteskrank, hat also gänzlich unverschuldet den Betrug begangen, so ist er unter Umständen noch nach § 829 aus „Billigkeitsgründen" haftbar.[2]) Dasselbe Bild ergibt sich z. B. auch bei der Urkundenfälschung.

Wenn sich der Täter aber vorsätzlich in den Zustand versetzt hat, um eine unerlaubte Handlung zu begehen, so kann er § 827 Abs. 2 nicht für sich in Anspruch

---

[1]) Also z. B. nie nach § 823 Abs. 2 oder § 826.

[2]) vgl. auch die Ausführungen v. Liszts, DelObl. S. 50ff.

nehmen, da ja außer dem Verschulden gegen sich selbst in dem Vorsatz auch ein Verschulden gegen andere gegeben ist.[1])

Wer sich ordnungsmäßig betäubt, z. B. der Arzt als Experimentator, dabei aber die nötigen im Verkehr erforderlichen Vorsichtsmaßregeln außer acht läßt, ist ebenfalls haftbar, da ein Verschulden gegen andere vorliegt. Wenn ein Dritter den Täter, z. B. durch Hypnose, in einen Zustand der im § 827 erwähnten Art versetzt hat, so haftet für den durch die unerlaubte Handlung erwachsenen Schaden der Dritte nach allgemeinen Grundsätzen, der Hypnotisierte nach § 827 event. nach § 829.

Die Zurechnungsfähigkeit fehlt einer physischen Person ferner

c) bei dauernder Bewußtlosigkeit und dauernder Geisteskrankheit, allerdings bei Geisteskrankheit nur, wenn die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist. Ebenso ist auch ein wegen dauernder Geisteskrankheit Entmündigter nicht ohne weiteres von der Vollhaftung frei; er haftet vielmehr doch, falls er zu Unrecht entmündigt ist und die Entmündigung noch nicht aufgehoben war; andererseits wird man den wirklich Geisteskranken auch während der sogen. lucida intervalla für zurechnungsunfähig halten müssen; denn die „lichten Zwischenräume"

---

[1]) So mit Recht Oertmann a. a. O. Bem. 3 zu § 827; Planck a. a. O. Bem. 3a zu § 827; Kohler a. a. O. S. 488; Zitelmann, Das Recht d. BGB. Bd. 1 S. 152ff.; and. A. v. Liszt, DeIObl. S. 50ff.; Staudinger Bem. 2 zu § 827.

sind meist nur scheinbar und werden ja auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannt;

d) bei Jugendlichkeit, und zwar sind nach § 828

a) Kinder bis zur Vollendung des siebenten Jahres schlechthin zurechnungsunfähig. Es besteht also hier ein Unterschied vom Strafrecht; denn dort reicht die Deliktsunmündigkeit bis zum vollendeten zwölften Jahre (§ 55 StGB.), ja sogar im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch bis zum vollendeten vierzehnten Jahre (§ 68 des Vorentw.),

β) jugendliche Personen (Adoleszenten) vom vollendeten siebenten bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahr relativ zurechnungsunfähig (vgl. die Deliktsminderjährigen des Strafrechts vom 12. bis 18. Jahr, §§ 56, 57 StGB. und §§ 69 u. 70 des Vorentw.).

Die Adoleszenten sind von der Vollhaftung befreit, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht haben. Diese Fassung ist aus dem Strafgesetzbuch (§ 56) übernommen, nur ist statt „Strafbarkeit", „Verantwortlichkeit" gesetzt. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist leider dieser schon lange angefeindeten Fassung gefolgt und hat auch dieses „discernement" des code pénal angenommen. Das Bedenkliche bei dieser Fassung ist die Unklarheit und Dehnbarkeit. Die 2. Kommission wollte die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit (statt Verantwortlichkeit) der Handlung erforderliche Einsicht maßgebend sein lassen, allein dieser Vorschlag fand keine Annahme.

Konkrete Erkenntnis der Verantwortlichkeit bei Begehung der Tat wird nicht gefordert, sie kann fehlen, wie sie ja stets bei fahrlässigen Schädigungshandlungen fehlen wird, trotzdem kann der Minderjährige voll haftbar sein.

Nicht die Erkenntnis der Verantwortlichkeit ist erforderlich, sondern die zu ihrer Erkenntnis erforderliche Einsicht. „Es ist also die allgemeine geistige Reife zu prüfen, nicht die sittliche Reife, also die Widerstandskraft gegenüber den von außen herandringenden Reizen".[1])

Das Reichsgericht hat in einem Urteil v. 8. 12. 1902[2]) folgendermaßen definiert:

„Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist diejenige geistige Entwicklung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber den Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen."

Die erforderliche Einsicht muß gerade hinsichtlich der begangenen Schädigung gegeben sein, sie kann z. B. für Diebstahl und Sachbeschädigung sehr wohl vorhanden sein, aber bezüglich Betrug und Urkundenfälschung noch fehlen.

Es ist auch nicht nötig, daß der Täter eine bestimmte Vorstellung davon hat, in welcher Weise die Vergeltung

---

[1]) v. Liszt, DelObl. S. 52.

[2]) RG. Bd. 53 S. 159ff.

von ihm gefordert werden kann, oder daß er ein Verständnis für die Unterscheidung der straf- und zivilrechtlichen Vergeltung hat. Es genügt ganz allgemein die Erkenntnis irgendwelcher Vergeltungspflicht.

Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist demnach die Vorstellung, daß sich an die Handlung Ersatzfolgen knüpfen. Bedenklich aber ist es, an Stelle der Verantwortlichkeitserkenntnis die Erkenntnis der Widerrechtlichkeit[1]) oder der Gefährlichkeit zu setzen. Das kann zu unbilligen Resultaten führen. Häufig wird allerdings, insbesondere bei Fahrlässigkeitshandlungen, die Verantwortlichkeitserkenntnis auch die Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung voraussetzen.

Es ist für jeden einzelnen Fall festzustellen, ob der Täter die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gehabt hat. Diese Feststellung darf durch ganz allgemeine Erwägungen, z. B. daß der Täter dem 18. Lebensjahre schon nahe war, *nicht* ersetzt werden.

Mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ist der Täter, abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, wenn er durch eine unerlaubte Handlung einem anderen Schaden zugefügt hat, *voll* verantwortlich, obgleich er doch nach § 106 noch beschränkt geschäftsfähig ist. Ein besonders wichtiger Fall dieser Vollhaftung wird *der* sein, daß der über seine Jahre entwickelte oder dem Geschäftsgegner

[1]) vgl. RG. Bd. 51 S. 32 f.

unsichtbare Minderjährige den Gegner durch Vorspiegelung seiner vollen Geschäftsfähigkeit getäuscht hat. Hier hat er das negative Interesse zu ersetzen.

Endlich fehlt die Zurechnungsfähigkeit unter Umständen:

e) bei taubstummen Personen. Sie werden infolge ihrer Entwicklungshemmung den Adoleszenten gleichgestellt. Es ist also auch bei ihnen stets zu untersuchen, ob sie bei Begehung der Tat die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten (§ 828 II_2 analog § 58 StGB.). Allerdings weicht das Bürgerliche Gesetzbuch in einem Punkt von der entsprechenden Regelung des Strafgesetzbuches ab. Das Strafrecht spricht Taubstumme immer dann frei, wenn ihre Zurechnungsfähigkeit nicht positiv festgestellt wird, nach bürgerlichem Recht dagegen haftet der Taubstumme so lange, bis der Mangel der erforderlichen Einsicht nachgewiesen ist.

Auf andere Entwicklungshemmungen wird keine Rücksicht genommen, also nur Taube oder nur Stumme Blinde, Geistesschwache, ja auch Angehörige wilder Völkerstämme trifft bei uns die Vollhaftung.

In den Fällen der §§ 823—826, in denen nach §§ 827, 828 die Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen wäre, kann er doch nach § 829 zu einem Ersatz angehalten werden.

Diese Billigkeitshaftung des § 829, die Voigt treffend „das Prinzip der ökonomischen Tragfähigkeit" nennt, läßt dem Richter einen ungeheuer weiten Spiel-

raum. Im übrigen gilt auch der § 829 nur subsidär, d. h. erst muß versucht werden, den Ersatz des Schadens von einem aufsichtspflichtigen Dritten zu erlangen.

Lebhafter Streit besteht nun darüber, ob die §§ 827, bis 829 auch auf die §§ 833 u. 835 Anwendung finden können.

Richtiger Ansicht nach müssen die §§ 827 u. 828 nur dann angewandt werden, wenn nach § 833 Satz 2 zu untersuchen ist, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet worden ist, also in den Fällen, in denen eine gesetzliche Haftung durch den Sorgfaltsbeweis abgewendet werden kann. Wenn also z. B. eine falsche Maßregel oder eine Untätigkeit, die zu einer Zeit begangen war, in der diese Person nicht zurechnungsfähig war, ihr nicht zur Last gelegt werden kann, so tritt doch die volle Haftung ein, wenn die Voraussetzungen, die zu dem Exkulpationsbeweise berechtigen, nicht gegeben sind; denn die Haftung in den Fällen, die kein Verschulden voraussetzen, ist Erfolgshaftung, und deshalb ist es unmöglich, hier Schuldfähigkeit des Haftenden zu fordern.[1])

Was endlich den § 829 anbetrifft, so geht schon aus

---

[1]) So Oertmann Bem. 3 f zu § 833; Planck Bem. 8 zu § 833; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 953; Staudinger Bem. 9 a zu § 833; Stierle S. 84; Linckelmann S. 87; Dernburg § 396 III; Rumpf S. 27; Müller S. 34; Cosack S. 700ff.; Fischer-Henle N. 16 zu § 833; etwas einschränkend Litten S. 137 f. And. A. v. Liszt DelObl. S. 107ff.; Endemann Bd. 1 § 202 Anm. 9.

seiner Fassung hervor, daß er für die Tierhaftung keine Anwendung finden kann.[1])

§ 10.

c) Ein Verschulden.[2])

Wenn auch, wie bereits erwähnt, in den 25. Titel mehrfach Tatbestände eingereiht sind, die ein Verschulden nicht voraussetzen, dasselbe also nicht Essentiale der unerlaubten Handlung ist, so wird doch die Mehrzahl aller unerlaubten Handlungen ein Verschulden enthalten, weshalb wir es unter den gewöhnlichen Mehrerfordernissen behandeln müssen.

Schuld im ziviliſtischen Sinne ist diejenige Willensbeschaffenheit, die den Menschen für ein widerrechtliches Verhalten verantwortlich macht. Man versteht also unter Verschulden das psychische Verhalten des Handelnden, auf das sich die betreffende rechtswidrige Handlung zurückführen läßt.[3])

Während die Kausalität den Zusammenhang zwischen Ursache und Erfolg voraussetzt, ist für die Schuld ein Zusammenhang zwischen Wille und Tat erforderlich, denselben behaupten heißt zurechnen. Zurechnung ist daher die Zurückführung der Tat auf den Willen, d. h.

---

[1]) So fast einstimmig die Literatur; vgl. bes. Heinsheimer S. 239 ff. And. A. nur v. Liszt a. a. O. S. 107.

[2]) vgl. dazu Wehl a. a. O. S. 294 ff. u. 563 ff.

[3]) vgl. auch Binding, Normen Bd. 2 S. 102: „Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit".

die Behauptung, daß die Tat dem Willen entsprungen sei. Zurechenbarkeit ist diejenige Beschaffenheit der Tat, zufolge deren sie auf den Willen zurückgeführt werden kann. Die Schuld setzt also ein doppeltes voraus:

1. die Zurechnungsfähigkeit des Täters (vgl. § 9),
2. die Zurechenbarkeit des Erfolges.[1])

Die Schuld ist entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

a) Vorsatz.

Es fehlt im Gesetz an einer Definition des Vorsatzes. Die Motive[2]) bemerken, daß im Anschluß an das Reichsstrafgesetzbuch unter Vorsatz das Bewußtsein der Kausalität der Handlung zu verstehen sei. Demnach handelt also derjenige vorsätzlich, der sich bewußt ist, daß seine Handlung bezw. Unterlassung notwendig den bestimmten Erfolg haben muß, und zwar im Kausalzusammenhang mit seiner Handlung. Das ist nicht ganz richtig, da nicht scharf genug.

Strafrechtlicher und zivilrechtlicher Vorsatz sind identisch. Die herrschende Meinung versteht unter Vorsatz das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale.[3])

---

[1]) vgl. v. Liszt, DelObl. S. 46 und analog im Lehrb. § 35. Er teilt dann weiter ein: Zurechenbarkeit ist gegeben 1. bei Voraussicht des Erfolges (Vorsatz), 2. bei Voraussehbarkeit des Erfolges (Fahrlässigkeit).

[2]) Bd. 1 S. 280.

[3]) vgl. auch § 59 des Vorentw. zu einem deutschen StGB.; „Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt".

So definiert v. Liszt[1]) auch Vorsatz als die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände.[2])

Vorsatz im weiteren Sinne ist daher das bewußte Wollen des Unrechts. Vorsatz im engeren Sinne ist die Richtung des Willens auf die Tat oder besser auf die Ausführung der unerlaubten Handlung, also ein Tatwille, zum Unterschied von der dem Motiv entspringenden Absicht, dem Erfolgswillen.[3])

Es genügt regelmäßig, wenn der Handelnde sich bewußt war, daß seine Handlung bezw. Unterlassung die Verletzung des fremden Rechts oder Rechtsgutes zur Folge haben könne.

Vorsatz braucht also nur hinsichtlich der verletzenden Handlung, nicht auch hinsichtlich des entstandenen Schadens gegeben zu sein. Wie überhaupt, so ist auch bei einem Verstoß gegen § 826 nicht erforderlich, daß die Schädigung den Zweck der Handlung gebildet hat, vielmehr ist das Bewußtsein erforderlich, daß durch die Vornahme der Handlung der andere geschädigt werden könnte. Es ist aber nicht nötig, daß der Täter sich des ihm zur Last fallenden Verstoßes gegen die guten Sitten bewußt geworden ist.[4])

---

[1]) Lehrb. § 39 S. 175.

[2]) vgl. die bei Weyl a. a. O. S. 393 zusammengestellte Literatur.

[3]) So auch Lühl a. a. O. S. 12.

[4]) So Oertmann Bem. 2b zu § 826; Planck Bem. 2b zu § 826; Dernburg § 393 Anm. 6; v. Liszt, DelObl. S. 43.

Der Begriff der guten Sitten ist natürlich kein absoluter und für alle Zeiten feststehender.

Es wird stets Sache des Richters sein unter Berücksichtigung des sozialen Kreises, innerhalb dessen sich die Handlung abgespielt hat, und unter Würdigung der jeweiligen Zeitanschauung eine angemessene Entscheidung zu treffen.[1])

Wenn aber eine Handlung erlaubt ist und in berechtigtem Interesse vorgenommen wird, so wird sie nicht schon dadurch allein zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden, daß sie zugleich durch ein sittenwidriges Motiv, z. B. Schädigungsabsicht aus Rachsucht,[2]) beeinflußt wird.[3])

Ein Verschulden ist dann ausgeschlossen, wenn der Täter die beschädigende Handlung aus entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehalten hat.[4])

Der 1. Entwurf sprach dies in § 707 besonders aus, die 2. Kommission strich dies indessen, da sie es für selbverständlich hielt.

Das Verschulden ist zu scheiden in Verschulden gegen

---

[1]) vgl. RG. Bd. 61 S. 364, wodurch auch eine Ausbeutung der Rechtskraft eines Urteils als gegen die guten Sitten verstoßend, bezeichnet wird.

[2]) Man denke z. B. an die Stellung des Strafantrags aus § 172 StGB.

[3]) vgl. RG. Bd. 71 S. 173.

[4]) Das beweist die Ausnahmevorschrift in § 231 BGB. Vgl. Windscheid-Kipp S. 950. And. A. v. Liszt, DelObl. S. 58 ff.

sich selbst und in Verschulden gegen andere. In diesem Paragraphen ist nur das Verschulden gegen andere zu erörtern.

Die Schuld kann auch in

β) Fahrlässigkeit

bestehen.

„Fahrlässig ist derjenige, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt" (§ 276 BGB.).

Damit ist ein objektiver Maßstab gegeben.[1])

„Das persönliche subjektive Vermögen, Können oder Nichtkönnen muß zurückstehen hinter dem, was in dem gesunden und normalen Verkehr im allgemeinen für erforderlich gehalten wird, nicht etwa üblich ist; denn ein im Verkehr eingerissener Schlendrian kann nicht beachtet werden."[2])

Das normale erfolgreiche Handeln wird also nicht direkt vom Gesetzgeber gefordert, aber es wird, um mit Goethe zu reden, aufgestellt wie das Schwarze der Scheibe, das man immer auf dem Korn haben muß, wenn man es auch nicht immer trifft.[3])

---

[1]) So wenigstens die herrschende Meinung; vgl. Traeger a. a. O. S. 195; Lühl S. 15ff. u. a. And. A. v. Liszt, DelObl. S. 55, er sagt: „Fahrlässigkeit erfordert Voraussehbarkeit des Erfolges, ob das aber der Fall war, wird sich kaum anders als individuell, d. h. subjektiv, feststellen lassen". Gegen v. Liszt vgl. auch Linckelmann S. 37.

[2]) Reatz, Kommissionsprotokolle, die 2. Lesung des Entwurfs usw., Berlin 1894, S. 384.

[3]) G. Rümelin a. a. O. S. 299.

Es kommt also, wie wir gesehen haben, nicht auf die im Verkehr *übliche*, sondern auf die *erforderliche* Sorgfalt an oder, wie sich *Traeger*[1]) ausdrückt, auf *die* Sorgfalt, die ein „verkehrstüchtiger" Mensch anwendet.

Fahrlässigkeit ist die Willensbeschaffenheit bei Verursachung eines *nicht* gewollten Schadens, der aber zu vermeiden gewesen wäre. Der Hauptunterschied vom Vorsatz besteht im Nichtwollen, der Unterschied vom Zufall in der Vermeidbarkeit des Übels.

Ebenso wie beim Vorsatz, so ist auch bei der Fahrlässigkeit nur nötig, daß sie in bezug auf die verletzende Handlung gegeben ist, und es ist nicht erforderlich, daß sie hinsichtlich des eingetretenen Schadens vorliegt. Es genügt regelmäßig leichte Fahrlässigkeit. Der Täter mußte die Verletzung des Rechts oder Rechtsgutes als Folge seiner Handlung oder Unterlassung voraussehen.

Drohende Gefahr kann den Mangel an besonnener Überlegung entschuldigen und daher trotz verkehrswidrigen Verhaltens das Vorliegen von Fahrlässigkeit ausschließen.[2])

Die Verpflichtung zur Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt trifft nicht nur den Eigentümer jeder gefahrdrohenden Sache, sondern auch jeden, der in der Lage ist, über die Sache zu verfügen, so hat z. B. auch jeder, der ein Grundstück dem öffentlichen Verkehr

---

[1]) a. a. O. S. 195; vgl. auch *Weyl* S. 101 ff.

[2]) vgl. RG. Bd. 50 S. 95.

zugänglich macht, dafür zu sorgen, daß den Anforderungen der Sicherheit des Verkehrs Rechnung getragen wird.

Bisher stand unsere Betrachtung unter dem Gesichtspunkt, daß der Schaden den Verletzten ohne jegliches Verschulden seinerseits und als aktiv Unbeteiligten getroffen hat, es war nur immer die Rede von einem Verschulden des Verletzers, es kann jedoch auch ein Mitverschulden des Verletzten vorliegen, und dieses soll jetzt kurz anhangsweise behandelt werden.

Während die Haftung *begründende* Tatsache keineswegs also stets auf Verschulden des Ersatzpflichtigen oder einer anderen Person zu beruhen braucht, ist Voraussetzung einer *Haftungsbeschränkung* ein schuldhaftes Verhalten des Verletzten. „Da aber Verschulden im Rechtssinne strenggenommen nur mit Beziehung auf die Rechtsgüter anderer denkbar ist, so stellt sich das Verschulden des Geschädigten *gegen sich selbst* als eine Erweiterung des Schuldbegriffes über seinen ursprünglichen Anwendungskreis hinaus dar."[1])

Auf die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung finden grundsätzlich die Vorschriften der §§ 249 ff. Anwendung, insbesondere auch § 254.

Man kann zunächst folgende beiden allgemeinen Sätze aufstellen:

---

[1]) *Zitelmann*, Allgem. Teil Bd. 1 S. 166 ff. u. 152 ff.; Weyl a. a. O. § 68; *Kipp* bei Windscheid a. a. O. Bd. 1 S. 527.

1. Mitwirkendes Verschulden des unmittelbar Verletzten hindert oder mindert den Ersatzanspruch desselben.

2. Mitwirkendes Verschulden des unmittelbar Verletzten hindert oder mindert auch den Ersatzanspruch der mittelbar verletzten Dritten (§ 846).

Unter der „Handlung" des Geschädigten sind natürlich auch seine pflichtwidrigen Unterlassungen zu verstehen, wie ja auch schon aus §§ 254 Abs. 2 u. 839 Abs. 3 hervorgeht.

Im gemeinen Recht fiel, wenn der Geschädigte schuldhaft den Schaden mit verursacht oder abzuwenden unterlassen hatte, jede Ersatzpflicht weg,[1]) außer wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt war.[2])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine viel freiere und darum auch verständigere und zweckmäßigere Regel aufgestellt. Es überläßt es dem freien richterlichen Ermessen, die Ersatzpflicht und die Höhe derselben je nach den Umständen zu bestimmen.

Das Verschulden — im uneigentlichen Sinne — des Verletzten kann eine Mitverursachung des Schadens sein oder eine Versäumung der möglichen Abwendung oder Verringerung des Schadens oder endlich die Unterlassung, jemanden auf die Gefahr eines besonders hohen Schadens aufmerksam gemacht zu haben.

---

[1]) l. 203 D de div. regul. iur. 50, 17.

[2]) l. 9 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2; vgl. dazu Pernice, Labeo Bd. 2, 2 S. 89 ff. und Sachbeschädigung S. 58 ff.

Wie beim eigentlichen Verschulden, so ist auch hier Zurechnungsfähigkeit und Voraussehbarkeit des Erfolges grundsätzlich erforderlich.[1]) Allerdings wird unter Umständen, wenn die Voraussetzungen des § 829 gegeben sind, dieser Paragraph analog angewendet werden können, wie Traeger[2]) sehr mit Recht befürwortet. Das Reichsgericht steht indessen nicht auf diesem Standpunkt.[3])

Der Richter wird auch nicht ohne weiteres ein Verschulden des Geschädigten annehmen dürfen, wenn dieser sich bewußt einer Gefahr ausgesetzt hat. Hier kann sein Handeln durch sittliche Pflichten geboten gewesen oder wenigstens von ihm dafür gehalten worden sein.[4])

Es hat ferner der freien richterlichen Entscheidung zu unterliegen, welche Mittel, durch die der Verletzte den Schaden hätte vermeiden oder verringern können, ihm zugemutet werden dürfen. Das wird besonders dann sehr fraglich sein, wenn der Schaden nur durch eine Operation abgewendet oder verringert werden kann.

Es erscheint aber sehr bedenklich, mit Endemann[5]) den Grundsatz aufzustellen, daß der Geschädigte, sich einer Operation zu unterziehen niemals verpflichtet sei, selbst

---

[1]) So auch RG. Bd. 51 S. 275, Bd. 54 S. 410 ff.; and. A. Endemann, Lehrb. Bd. 1 § 132; 1b und Rümelin S. 316 f. Gegen diese besonders Traeger a. a. O. S. 338 f.

[2]) a. a. O. S. 342.

[3]) RG. Bd. 59 S. 222.

[4]) RG. Bd. 50 S. 219 ff.

[5]) Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation (1893).

wenn diese ganz gefahrlos und nicht übermäßig schmerzhaft ist. Das geht wohl zu weit. Die Frage läßt sich überhaupt nicht generaliter beantworten, vielmehr wird der Richter unter verständiger Würdigung aller in Betracht kommender Umstände, also nach Lage des Einzelfalles entscheiden müssen, ob in der Weigerung, sich einer Operation zu unterziehen, ein Mitverschulden des Verletzten gegeben ist, und ob und inwieweit dadurch der Schadensersatzanspruch gemindert oder gar ganz aufgehoben wird.[1])

Für den Richter muß entscheidend sein, auf welcher Seite das Verschulden und die Gefährdung, für die die eine oder die andere Person verantwortlich ist, überwiegt. Er hat den Grad des Verschuldens abzumessen und, falls es auf beiden Seiten vorliegt, nach dem Verhältnis der Größe des beiderseitigen Verschuldens zu entscheiden. Dabei wird Fahrlässigkeit gegenüber Arglist, wie im gemeinen Recht, nicht in Betracht kommen.

Wenn der Schadensersatzpflichtige ohne Verschulden haftet, so ist es erforderlich, zu untersuchen, ob die Gefährdung, durch welche die Haftung begründet wird, trotz des eigenen Verschuldens des Geschädigten den Anspruch

---

[1]) Der Endemannschen Ansicht ist auch das Reichsversicherungsamt. Die im Text vertretene Ansicht wird aber dagegen wohl auch gestützt durch GewUVG. v. 5. 7. 1900 § 23 und LwUVO. v. 5. 7. 1900 § 24. Derselben Ansicht sind auch v. Liszt, DelObl. S. 84; M. Rümelin a. a. O. S. 337; vgl. auch RG. in JurW. 1907 S. 741 und Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 65 N. 17 a. E. sowie die dort Zitierten.

auf Ersatz des ganzen oder teilweisen Schadens gerechtfertigt erscheinen läßt.[1])

Nach § 846 findet der § 254 auch Anwendung auf die Ersatzansprüche Dritter. Die Ansprüche aus den §§ 844, 845 können sich also mindern oder ganz in Fortfall kommen, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des verletzten Unterhalts- oder Dienstpflichtigen mitgewirkt hat. Die Ersatzpflicht des Täters bestimmt sich darnach, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem Täter oder von dem Verletzten verursacht worden ist.[2])

Davon ist wohl zu unterscheiden, daß an sich die Ansprüche Dritter selbständiger Natur sind.[3]) Die 2. Kommission wollte aber „die logischen Konsequenzen" nicht übertreiben. Da der Anspruch der Hinterbliebenen eines Getöteten seinen Grund in der Tötung habe, so liege es in der Natur der Sache, daß diese Personen mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zu dem Verletzten auch die Folgen aus dessen fahrlässigem Verhalten, insofern dieses

---

[1]) vgl. auch RG. Bd. 53 S. 399, Bd. 62 S. 146.

[2]) vgl. hierzu die interessante Entscheidung des OLG. Stuttgart v. 11. 4. 1901 (Rspr. d. OLG. Bd. 2 S. 440 ff.), durch die die Anwendbarkeit des § 846 (§ 254) gegenüber der Klage der Witwe des beim Ehebruch mit der Frau des Beklagten in flagranti ertappten und getöteten Ehebrechers verneint wird, da bei der Entstehung des Schadens, also der Tötung, kein Verschulden des Getöteten mitgewirkt habe.

[3]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 772; RG. Bd. 14 S. 254 ff.

den tödlichen Ausgang herbeigeführt oder beschleunigt habe, auf sich nehmen müssen.[1])

Selbstverständlich ist, daß die Ansprüche aus §§ 844, 845 gemindert werden oder ganz in Fortfall kommen, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des ersatzberechtigten Dritten mitgewirkt hat.[2])

Gegenüber einer Klage des Verletzten kann sich der Beklagte aber nicht etwa auf ein Verschulden Dritter berufen.[3])

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 639, RG. Bd. 51 S. 276.

[2]) z. B. mangelhafte Pflege des verletzten Unterhaltspflichtigen seitens des Dritten; vgl. RG. Bd. 55 S. 28 ff., Bd. 65 S. 318.

[3]) vgl. RG. Bd. 54 S. 410.

III. Erscheinungsformen der unerlaubten Handlung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Neben den Begriffsmerkmalen, die sich bei jeder unerlaubten Handlung wiederfinden müssen, haben wir nun auch die zufälligen Erscheinungsformen, in denen die unerlaubte Handlung auftreten kann, einer Betrachtung zu unterziehen.

Der vom Gesetzgeber bei der Aufstellung seiner Tatbestände zugrunde gelegte Normalfall ist die Vollendung einer unerlaubten Handlung durch einen Täter.

Daneben sind als besondere Erscheinungsformen der unerlaubten Handlung zu betrachten:

1. der Versuch einer unerlaubten Handlung,
2. die Beteiligung mehrerer Täter,
3. das Zusammentreffen mehrerer unerlaubter Handlungen.

Daraus ergibt sich im System der Lehre von den unerlaubten Handlungen für die Erscheinungsformen folgende Einteilung:

a) Vollendung und Versuch,
b) Täterschaft und Teilnahme,
c) Einheit und Mehrheit der unerlaubten Handlung.

§ 11.

a) Vollendung und Versuch.

α) Vollendung.

Eine unerlaubte Handlung ist vollendet, sobald die Tatbestandsmerkmale völlig erfüllt sind. Es muß also stets ein Schaden, d. h. eine Veränderung in der Außenwelt, die sich als Verletzung von Rechten oder Rechtsgütern darstellt, eingetreten sein.

Sobald kein Schaden eingetreten ist, könnte man höchstens von dem

β) Versuch

einer unerlaubten Handlung sprechen. Da nun aber der eingetretene Schaden essentielles Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung ist, so ergibt sich daraus, daß im Recht der unerlaubten Handlung der Versuch vollständig ausscheidet, da er ohne jede Bedeutung ist.

„Die unerlaubte Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist Verletzungs- und nicht Ungehorsamsdelikt",[1]) wie ja auch die Gefährdungshaftung des Zivilrechts eine Erfolgshaftung ist, also zu einer Verletzung geführt haben muß. Damit ist ein erheblicher Gegensatz zum Strafrecht gegeben. Allenfalls kann eine Gefährdung als solche einen Unterlassungsanspruch begründen und dadurch zivilrechtlich relevant werden.[2])

---

[1]) Linckelmann a. a. O. S. 50.

[2]) vgl. Windscheid-Kipp S. 959; Cosack a. a. O. S. 686; so

§ 12.

b) Täterschaft und Teilnahme.

So scheidet auch begrifflich das Bürgerliche Gesetzbuch in § 830, wenngleich es auch Täter und Teilnehmer in der Verantwortlichkeit gleichstellt[1]):

a) Täterschaft.

Sie ist die Vornahme des „äußeren Verhaltens" im Tatbestand der unerlaubten Handlung.

Es ist zu unterscheiden

1. unmittelbare (physische) Täterschaft.

Unmittelbarer Täter ist, wer selbst durch eigene Körperbewegung die Handlung vornimmt. Stellvertretung z. B. beim Tierhalten ist möglich, doch ist beim Delikt, also der schuldhaften unerlaubten Handlung, wie auch im Strafrecht, Stellvertretung naturgemäß ausgeschlossen.

2. mittelbare (psychische) Täterschaft.

Mittelbarer Täter (intellektueller Urheber) ist derjenige, der sich eines Menschen, der seinerseits kein vorsätzliches Delikt begeht, als Werkzeug zur Vornahme seines Delikts bedient. (Das ist also z. B. beim Tierhalten nicht möglich.)

---

auch RG. Bd. 60 S. 6, Bd. 61 S. 370, aber Bd. 77 S. 217; ferner besonders Eltzbacher, Die Unterlassungsklage (1906) vgl. besonders die Ausnahme des § 830 Abs. 1 Satz 2, auf den später noch näher eingegangen werden wird.

[1]) Das BGB. weicht also mit § 830 von dem StGB. ab, indem es Anstifter und Gehilfen den Mittätern gleichstellt und alle gesamtschuldnerisch haften läßt.

Es ist also demnach mittelbarer Täter, wer sich zur vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung des Delikts eines Deliktsunfähigen bedient oder wer sich zur Begehung des Delikts eines anderen bedient, der seinerseits nicht vorsätzlich, sondern im Irrtum oder nur fahrlässig handelt; dagegen liegt nicht mittelbare Täterschaft vor, wenn der als Werkzeug benutzte Mensch eine rechtmäßige Handlung vornimmt, z. B. als Subjekt seines eigenen Vermögens.

Ferner ist zu scheiden:

αα) Alleintäterschaft.

Alleintäter ist, wer die Handlung bezw. das äußere Verhalten allein vornimmt, sei es, daß er sich als Werkzeug eines Tieres oder eines zurechnungsunfähigen Menschen bedient.

ββ) Mehrtäterschaft.

Diese kann sein

α) Mittäterschaft. Sie liegt nach § 830 Abs. 1 Satz 1 vor, wenn mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung, bewußt gemeinschaftlich handelnd, einen Schaden verursacht haben. Das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit ist Voraussetzung. Mittäterschaft ist aber nicht nur bei vorsätzlichen, sondern auch bei fahrlässigen Delikten möglich,[1]) sowie auch bei sonstigem Ver-

[1]) z. B. mehrere Arbeiter haben von einem Bau (bewußt gemeinschaftlich) einen Balken herabgeworfen und dadurch einen Vorübergehenden

halten innerhalb des Tatbestandes der unerlaubten Handlung, z. B. also auch beim Tierhalten.[1]) Das Maß der Beteiligung des einzelnen ist gleichgültig.[2]) Durch die bewußte Teilnahme wird jeder einzelne für die Wirkung der Gesamthandlung kausal, auch wenn er den Teil der Handlung, der den rechtswidrigen Erfolg unmittelbar herbeigeführt hat, nicht selbst begangen hat. So sagt auch Traeger[3]): „Jeder schuldhaft Handelnde, der den ganzen Erfolg in adäquater Weise verursacht hat, ist für den ganzen Schaden verantwortlich, gleichviel ob noch andere Personen zur Herbeiführung des Erfolges durch vorangehendes, gleichzeitiges oder nachfolgendes schuldhaftes Verhalten mitgewirkt haben".

Daraus erklärt sich die Gesamthaftung aller Mittäter nach § 830.[4])

Die sehr bestrittene Frage zu untersuchen, ob die Mittäterschaft sich von der Beihilfe nur subjektiv unterscheidet, wie es das Reichsgericht annimmt, oder auch objektiv, erübrigt sich für das Zivilrecht gänzlich, da stets Haftung als Gesamtschuldner eintritt.

---

schwer verletzt. And. A. v. Liszt, DelObl. S. 77 ff. und Tuzina S. 42 ff.

[1]) vgl. § 840 Abs. 3 BGB.

[2]) vgl. Tuzina S. 36; Crome S. 100.

[3]) a. a. O. S. 278 u. 282.

[4]) Während § 830 das Verhältnis der Mittäter und Teilnehmer gegenüber dem Geschädigten regelt, trifft § 840 Bestimmungen über das Verhältnis der Teilnehmer untereinander.

β) Nebentäterschaft. Sie wird durch § 830 nicht gedeckt, jedoch analog zu behandeln sein.[1])

Nebentäterschaft liegt dann vor, wenn das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit fehlt und also die mehreren Täter *denselben* Erfolg erst durch unbewußtes objektives Zusammenwirken herbeiführen; z. B. zwei Personen geben, ohne etwas voneinander zu wissen, einem Dritten kurz hintereinander je eine Maximaldosis Gift, die an sich einzeln nicht tötet, ein, und durch diese doppelte Portion stirbt der Dritte. Hier hat jeder vorsätzlich oder fahrlässig, aber ohne bewußtes Zusammenwirken eine der Bedingungen verwirklicht, durch deren *Zusammentreffen* der rechtswidrige Erfolg herbeigeführt worden ist.

Hiervon ist *der* Fall wohl zu unterscheiden, daß der Schaden auch ohne die Handlung der übrigen entstanden wäre; z. B. zwei Wilderer geben (ohne bewußtes Zusammenwirken) gleichzeitig tödliche Schüsse auf einen Förster ab, oder zwei Fabriken leiten ihre giftigen Abflüsse in einen Bach ab und töten dadurch die Fische.

Auch hier wird stets Gesamthaftung eintreten müssen, schon aus praktischen Gründen, da sich doch nur in den allerseltensten Fällen der Schaden anteilsweise zerlegen lassen wird.[2])

Wirken zu dem Erfolg ein deliktsfähiger und ein

---

[1]) So auch *Rumpf* a. a. O. S. 54; and. A. *Traeger* a. a. O. S. 283.

[2]) And. A. wohl *Tuzina* a. a. O. S. 37.

zurechnungsunfähiger zusammen, so trifft analog §§ 830, 829 den ersten die Vollhaftung, den zweiten event. die Billigkeitshaftung.

β) Teilnahme.

Sie kann sein Anstiftung und Beihilfe. § 830 Abs. 2 gibt keine Definition dieser Begriffe. Man muß sie analog dem Strafrecht bilden.

1. Anstifter ist nach § 48 StGB. derjenige, der einen anderen (Deliktsfähigen) zu dem von diesem begangenen vorsätzlichen Delikt durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Daraus folgt, daß also nicht Anstifter, daher haftfrei ist,

α) wer fahrlässig einen vorsätzlichen Delinquenten anstiftet,

β) wer vorsätzlich oder fahrlässig einen anderen fahrlässigen Delinquenten oder Zurechnungsunfähigen anstiftet (dieser ist aber mittelbarer Täter und als solcher haftbar),

γ) wer vorsätzlich oder fahrlässig zur Begehung einer nicht deliktischen unerlaubten Handlung anstiftet.

Überhaupt ist die Teilnahme nur möglich beim Delikt, nicht bei der sonstigen unerlaubten Handlung.

δ) Wer vorsätzlich oder fahrlässig zu einem Verhalten anstiftet, das nicht einmal unerlaubte Handlung ist, z. B.

Anstiftung zum Vertrags- oder Verlöbnisbruch. Hier ist der Verleiter als Anstifter haftfrei, allerdings kann in der Verleitung eine selbständige unerlaubte Handlung nach § 826 liegen und deswegen dann natürlich eine Haftung eintreten.

§ 826 ist gewissermaßen die actio de dolo.[1]) Eine actio culpae gibt es nicht, sie sollte durch den kunstvollen Bau des § 823 ersetzt werden.

ε) Wer zu einem anderen als dem begangenen Delikt angestiftet hat. Es ist z. B. nur zum Verprügeln angestiftet, und es wird ein Totschlag begangen. Bei diesem „excessus mandati" ist der Anstifter für das Mehr nicht verantwortlich. Gleichfalls ist der Anstifter verantwortungsfrei für einen alias res facturus, jedoch müssen die feineren strafrechtlichen Unterschiede analog im Zivilrecht Berücksichtigung finden. Es wird demnach der Anstifter von einer Haftung nicht frei sein, wenn der Anstifter infolge Irrtums ein anderes gleichwertiges Objekt verletzt. Hier hat sowohl strafrechtliche Verantwortlichkeit wie auch zivilrechtliche Haftung Platz zu greifen.[2])

Ebenso muß ein excessus mandati gleichgültig sein, wenn „homogene" Delikte vorliegen.[3])

Nach der Definition der Anstiftung genügt es, daß

---

[1]) vgl. RG. Bd. 61 S. 364 ff., durch die § 826 gegenüber einer Ausbeutung der Rechtskraft eines Urteils für anwendbar erklärt worden ist.

[2]) So auch Rumpf a. a. O. S. 57.

[3]) Abweichend Rumpf a. a. O. S. 58.

der Entschluß in dem „anderen" hervorgerufen ist. Dieser andere kann Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe sein. Demnach ist, wie im Strafrecht, Anstiftung zur Beihilfe oder eine Anstiftung zur Anstiftung möglich, sofern nur die oben erwähnten Voraussetzungen vorliegen.

2. Beihilfe. Sie ist diejenige Teilnahme, durch die der Gehilfe dem deliktsfähigen Täter zur Begehung des vorsätzlichen Delikts durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat (analog § 49 StGB.).

Die Beihilfe kann auch durch Unterlassen begangen werden, sofern eine Rechtspflicht zum Tun vorlag (z. B. vom Schutzmann). Die Beihilfe ist eine unterstützende Tätigkeit vor oder während der Ausführung, jedenfalls aber vor der Vollendung durch den Täter. Dadurch unterscheidet sie sich von der Begünstigung, die stets *nach* der Tat erfolgt. Ein Hehler ist daher nie Teilnehmer.

Die Unterstützung kann eine physische (Tat) oder eine psychische (Rat) sein. Die Tathilfe unterscheidet sich von der Mittäterschaft subjektiv durch die Unterordnung des Willens des Gehilfen unter den des Täters und wohl auch objektiv durch die Unterordnung der Tätigkeit. Die Rathilfe wiederum unterscheidet sich von der Anstiftung dadurch, daß subjektiv der Anstifter die Tat als seine eigene will, während der Gehilfe die eines anderen will, und daß objektiv der Anstifter den anderen erst zu seinem deliktischen Entschluß *bestimmt*, der Gehilfe dagegen ihn nur in seinem deliktischen Entschluß *bestärkt*.

Der Gehilfe hat dann den ganzen Erfolg mitverursacht, wenn er eine entscheidende Bedingung zum Erfolg gesetzt hat, d. h. also, wenn ohne seine Beihilfe die Täterhandlung unterblieben wäre. Wenn also z. B., so führt Traeger[1]) aus, der Gehilfe dem zur Tat entschlossenen Täter seinen dickeren Stock leiht, mit dem die Schläge wuchtiger fallen, so ist diese Bedingung nicht entscheidend; allerdings wird es praktisch wohl stets unmöglich sein, eine Teilhaftung des Gehilfen herauszurechnen, und schon der Umstand rechtfertigt auch in solchen Fällen die Haftung für den ganzen Schaden, daß die psychische Einwirkung, die die Beihilfe stets im Gefolge hat, sich auf den Erfolg als Ganzen erstreckt und sich jeder näheren Feststellung entzieht.[2])

So statuiert auch § 830 Abs. 2 für beide Arten der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) die gleiche Haftung wie für Mittäter, nämlich Gesamthaftung.

Es ist noch auf die Haftung der „Beteiligten" im § 830 Abs. 1 Satz 2 näher einzugehen. Während Satz 1 Abs. 1 des § 830 voraussetzt, daß die „mehreren" sämtlich den Schaden verursacht haben, meint Satz 2 den Fall, daß, obwohl mehrere beteiligt waren, doch nur einer oder einige derselben den Schaden verursacht haben. Satz 1 und 2 des § 830 Abs. 1 enthalten also zwei verschiedene

[1]) a. a. O. S. 280.

[2]) And. A. Rumpf a. a. O. S. 58, der die Kausalität jeder psychischen Beihilfe nicht anerkennt und nur die Anstiftung als kausal ansieht.

Arten der Beteiligung, die in ihren Voraussetzungen abweichen, in ihren Rechtsfolgen aber übereinstimmen.

Der Begriff der „Beteiligung" des § 830 Abs. 1 Satz 2 ist sehr bestritten. So viel ist wohl sicher, daß unter den „Beteiligten" nicht zu verstehen sind die Teilnehmer im Sinne des Strafrechts, also Mittäter, Anstifter und Gehilfen; denn diese Personen haften ja stets sämtlich für den ganzen Schaden, selbst wenn der unmittelbare Urheber des Schadens ermittelt ist.[1])

Die eine Meinung[2]) geht nun dahin, daß die mehreren Beteiligten an dem gefährdenden Handeln beteiligt sein müssen. Auch das Reichsgericht[3]) verlangt Beteiligung an dem rechtswidrigen gefährdenden Tun.

Andere dagegen[4]) verlangen Beteiligung gerade an der Handlung, durch welche der Schaden verursacht ist. Dies ist abzulehnen, da es viel zu eng ist, hinwiederum ist es aber auch viel zu weit, nur Beteiligung an jedem (auch nicht gefährdenden) Tun genügen zu lassen, wie v. Liszt[5]) es wohl will, wenn er sagt: „Voraussetzung ist nur ein gemeinsames Handeln irgendwelcher Art einerseits, der feststehende Kausalzusammenhang zu dem ein-

---

[1]) Die entgegengesetzte Ansicht von Elsner a. a. O. S. 29 steht wohl vereinzelt da und dürfte unhaltbar sein.

[2]) So Rümelin a. a. O. S. 343 Anm. 220; Traeger a. a. O. S. 284 ff.; Oertmann a. a. O. zu § 830 Bem. 2c.

[3]) RG. Bd. 58 S. 363.

[4]) So Dernburg a. a. O. § 386 Nr. 3; Elsner a. a. O. S. 36.

[5]) DelObl. S. 76.

getretenen Erfolg und eine in dieses gemeinsame Handeln hineinfallende Handlung andrerseits".

Am richtigsten erscheint es wohl, wenn man als Begriffserfordernis der Beteiligung des § 830 Abs. 1 Satz 2 verlangt:

1. Eine gemeinsame objektiv rechtswidrige Gefährdung des schließlich verletzten Rechtsgutes. Es ist nicht nötig, daß die Gefährdung durch anderweitige Normen (§ 823 Abs. 2) verboten ist, gerade § 830 Abs. 1 Satz 2 verbietet generell die Gefährdung, deshalb erscheint es zu eng, wenn Traeger[1]) ein gemeinschaftliches Verhalten fordert, das schon an und für sich, ohne Rücksicht auf die Entstehung des Schadens Delikt ist.

2. Bei schuldhaften unerlaubten Handlungen (Delikten) ein Verschulden der mehreren Gefährdenden bezüglich der Gefährdung (nicht der schließlichen Verletzung).

Bei sonstigen unerlaubten Handlungen genügt objektiv rechtswidrige Gefährdung.

3. Möglichkeit der Kausalität jeder der Gefährdungshandlungen für den eingetretenen Schädigungserfolg.

4. Wirkliche Kausalität einer der Gefährdungshandlungen für den sich aus der Verletzung entwickelnden Erfolg, aber gleichzeitig (das ist die Hauptsache)

5. Unmöglichkeit der Feststellung der wirklichen Kausalität.

---

[1]) a. a. O. S. 287.

Sobald die wirkliche Kausalität (4) festgestellt ist, sind die übrigen Gefährdenden befreit.

Es haften also die bei einer Schlägerei Beteiligten alle, wenn hierbei einer erstochen worden ist und der Täter nicht ermittelt werden kann. Diese gemeinsame Haftung der mehreren Gefährdenden ist gerechtfertigt durch die Beweisnot des Verletzten. Daher sagt Rumpf[1]) ganz treffend: „Der § 830 Abs. 1 Satz 2 enthält nichts mehr und nichts weniger als eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zugunsten des Geschädigten".

Wenn also einem der Beteiligten der Nachweis gelingt, daß er sich bei der Schlägerei nur mit der bloßen Faust beteiligt habe und gar kein Messer hatte und deshalb die tödliche Stichwunde auch nicht von ihm herrühren könne, so ist er natürlich von der Haftung für die Tötung frei (es fehlt das oben aufgestellte Erfordernis zu 3).[2])

Andrer Ansicht ist Enneccerus,[3]) und zwar mit folgender Begründung: „Das Gesetz sagt nichts dergleichen, auch die Billigkeit spricht eher dagegen als dafür; denn die Haftung nach § 830 Satz 2 beruht auf dem Gedanken, daß alle Beteiligten durch ihr gemeinsames

---

[1]) a. a. O., S. 70; vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 733; Prot. Bd. 2 S. 2790.

[2]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 830; Traeger a. a. O. S. 288 und überhaupt die herrschende Meinung.

[3]) a. a. O. S. 618 Anm. 7.

schuldhaftes Verhalten die Verletzung mitverursacht haben, auch kann gerade der, der kein Messer bei sich führte, der Hauptschuldige an dem ganzen Raufhandel sein, und durch sein Ausscheiden aus der Haftung könnte bei Insolvenz der übrigen die Entschädigung tatsächlich überhaupt wegfallen".

Dem kann entgegengehalten werden, daß doch auch im Strafrecht ein Unterschied gemacht wird zwischen der bloßen Beteiligung am gefährdenden Tun und der Verursachung des schweren Erfolges selbst (§ 227 Abs. 1 u. 2 StGB.), und daß sich zwar strafrechtlich eine Verantwortlichmachung für bloße Gefährdung rechtfertigt, daß es aber ein Unding wäre, eine zivilistische Haftung für einen nachweislich nicht verursachten Schaden zu konstruieren. Und wenn wirklich derjenige, der kein Messer hatte, der Hauptschuldige war, so wird er vielleicht auf eine andere Weise, z. B. als Anstifter doch noch haftbar gemacht werden können. Endlich wäre es doch im höchsten Grade unbillig, lediglich deswegen, weil durch Insolvenz der übrigen die Entschädigung illusorisch werden würde, einen nachweislich harmloser Beteiligten ganz allein (denn die Teilung nach § 426 ist dann natürlich auch illusorisch) für den durch Erstechen erfolgten Tod haftbar zu machen und ihm die schwere Haftung nach § 844 aufzuerlegen!

§ 13.

c) Einheit und Mehrheit der unerlaubten Handlung.

Es erübrigt sich für das Zivilrecht die Unterscheidung von Real- und Idealkonkurrenz, von fortdauerndem und fortgesetztem Delikt, da es nur auf den Erfolg, d. h. den eingetretenen Schaden, ankommt.[1])

Eine Handlung kann mehrere Schädigungen hervorbringen, und mehrere Handlungen können nur einen Schädigungserfolg verursachen.

Vom Standpunkt des Privatrechts liegen stets so viele unerlaubte Handlungen vor als Schädigungserfolge eingetreten sind.

Grundsätzlich ist der Schaden dem unmittelbar Verletzten zu ersetzen,[2]) wobei ein Irrtum des Täters über die Person des Verletzten bedeutungslos ist. Verletzter ist der Träger des verletzten Rechtsgutes oder absoluten Rechtes. Steht das verletzte absolute Recht mehreren zur gesamten Hand zu, so erzeugt die unerlaubte Handlung nur einen Ersatzanspruch zugunsten der Gesamthänder. Im Falle der Tötung durch unerlaubte Handlung ist ein Erwerb des Ersatzanspruchs durch den unmittelbar Verletzten natürlich ausgeschlossen, deshalb stehen nach §§ 844, 845 bei Tötung gewissen mittelbar Verletzten

[1]) Im Privatrecht tritt dafür die Klagen- oder Anspruchskonkurrenz ein, diese Fragen liegen jedoch außerhalb des Rahmens der hier gestellten Aufgabe.

[2]) vgl. auch RG. v. 11. 3. 1912 in DJZ. 1912 S. 809.

(solchen, denen gegenüber der Getötete kraft Gesetzes dienst- oder unterhaltspflichtig war) Ersatzansprüche zu. Im Falle der Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung und Freiheitsentziehung erhalten neben dem unmittelbar Verletzten noch gewisse mittelbar Verletzte Ersatzansprüche (§ 845).[1])

Die Ersatzpflicht trifft den Täter, Mittäter, Nebentäter, Anstifter, Gehilfen und Beteiligten.

Bei Einheit der unerlaubten Handlung gilt im Außenverhältnis, wenn mehrere für den entstandenen Schaden verantwortlich sind, gesamtschuldnerische Haftung (§ 840 Abs. 1) mit der einzigen Ausnahme bei Wildschaden (§ 835 Abs. 3), wo proratarische Haftung eintritt.

Eine modifizierte Gesamthaftung ergibt sich, wenn bei Einheit der unerlaubten Handlung nebeneinander Voll- und Billigkeitshaftung statuiert sind. Hier reicht die Gesamtschuld im Außen- und Innenverhältnis bis zur Höhe der Billigkeitshaftung.[3])

Endlich kann auch der Fall eintreten, daß zwar mehrere unerlaubte Handlungen nebeneinanderstehen, dieselben aber nur einen und denselben Schaden verursacht haben.

---

[1]) Das Gläubigerrecht an dem Schadensersatzanspruch hat natürlich nur der Verletzte. Dem gutgläubigen Ersatzschuldner gegenüber hat aber der Nichtberechtigte eine beschränkte Gläubigermacht in den Grenzen des § 851. Hier wird dem Berechtigten durch § 816 geholfen.

[2]) Das Innenverhältnis regelt sich nach § 426.

[3]) Analoges muß natürlich gelten, wenn mehrere Billigkeitshaftungen nebeneinander stehen.

Hier muß im Außen- und Innenverhältnis regelmäßig das Recht der Gesamtschuld gelten. § 840 enthält hierüber nichts. Es reichen aber die Bestimmungen er §§ 421 u. 426 aus.[1])

[1]) Ausnahmefälle hiervon statuieren §§ 840 Abs. 2 u. 3 u. 841. Hier gilt nach außen auch § 421, nach innen aber liegt das Verhältnis so, daß der eine oder der andere Täter den Schaden allein zu ersetzen hat (ein verwandter Fall der unechten Solidarität).

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.